

أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية
في مسائل الأحوال الشخصية

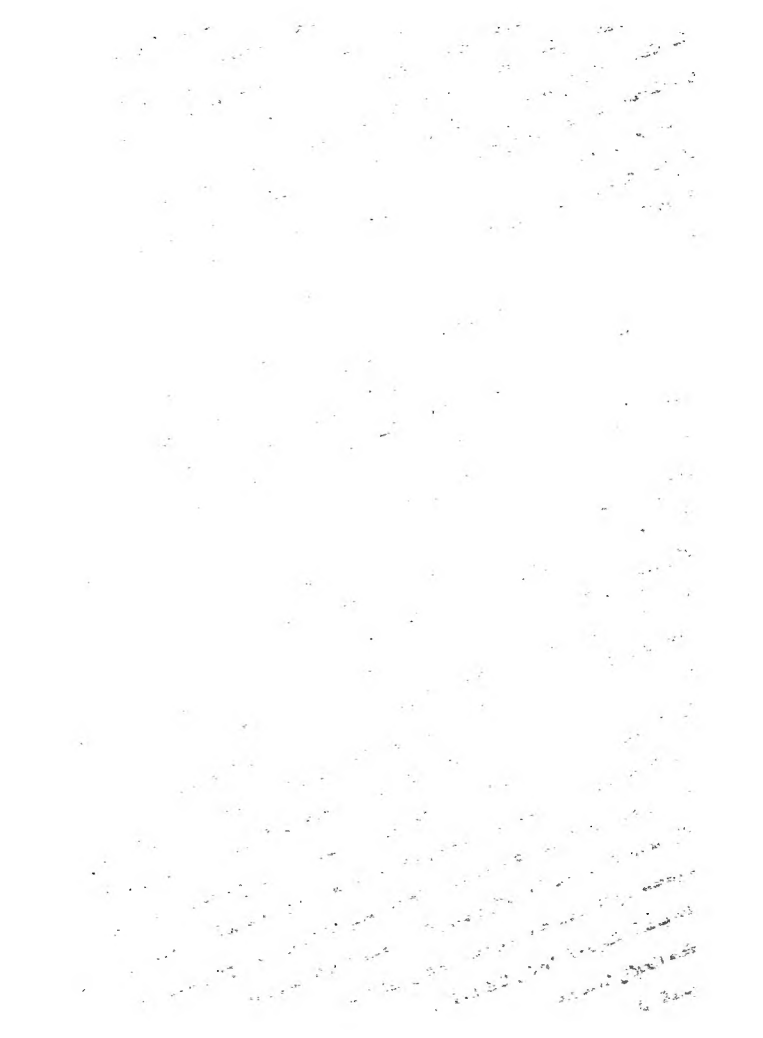
المستشار
أنور العمروسي

الجزء الرابع

الناشر
دار الفكر الجامعي

٣٠ ش سوتير الازاوية - الاسكندرية

ت ٤٨٤٣١٣٢



شركة الجلال للطباعة
العامرية - الاسكندرية ت : ١٢٣٩٧٩٢١٨

أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية

المستشار
أنور العمروسي

الجزء الرابع

الناشر
دار الفكر الجامعي
٢٠ ش سوتير الأزاربطة - الاسكندرية
ت ٤٨٤٣١٣٣

المطلب الثانى

الإختصاص الإستثنائى لبعض المحاكم الجزئية الشرعية

بالمناطق النائية

٢٠٠- تنص المادة ٧ من اللائحة الشرعية على أن :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية فى سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم فى جميع المواد المنصوص عليها فى المادتين السابقتين وفى جميع المواد الشرعية الأخرى التى هى من إختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين فى المادة الثامنة الآتية . ويكون حكمها فى جميع ما نكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة فى الأحوال المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة » .

وهذه البلاد واقعة فى أقصى الحدود الغربية والشرقية الواقعة فى أطراف محافظات مطروح وسيناء والبحر الأحمر والوادي الجديد .

ولوقعها الجغرافى وبعدها عن الجهات الأهلة بالسكان المعمورة والمتقارب بعضها من بعض ، وبعدها للمشاق التى يستهدف لها سكان تلك المناطق النائية ، خاصة وأن منازعات أهلها بسيطة فقد خصصها المشرع بقواعد إستثنائية من حيث إختصاص المحاكم الشرعية ، المنازعات الخاصة بالمواد المبينة باللائحة الشرعية (م ٥ ، ٦ ، ٨) .

وهذه القواعد الإستثنائية نصت عليها المادة ٧ من اللائحة الشرعية ، وهى تخلص فيما يلى :

١- أن المواد التى تختص بها تلك المحاكم الجزئية إختصاصاً نهائياً قد نصت عليها المواد ٨ ، ٦ ، ٥ من اللائحة الشرعية هى :

نفقة الزوجة ونفقة الصغير أى كانت قيمة المطلوب أو المحكوم به منها .

نفقة المدة السابقة على رفع الدعوى أى كانت قيمة المطلوب أو المحكوم

به منها .

المهر والجهاز أي كانت قيمة كل منها أو ما يستحقه الطالب من أيهما .
الصلح فيما يجوز شرعاً .

التوكيل فيما ذكر بين أحد الخصمين .

حق ولجزة الحضانة والإرضاع والحفظ .

إنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .

الزيادة في نفقة الزوجة أو الصغير مهما بلغ مجموع الطلبات أو الزائد والأصل في كل نوع .

النفقات بين الأقارب .

دعوى الإرث بجميع أسبابه مهما كانت قيمة التركة .

دعوى النصب في غير الموقف .

الزوج والطاعة والعدة .

الطلاق والخلع والمباراة .

الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

تصرفات الأوقاف (الإنن بالخصومة - طلب الإستدانة مهما كان مقدار المبلغ المطلوب - طلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين، والتحكير والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم مهما كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف) .

جميع المواد الشرعية الأخرى .

٢- أن أحكام المحاكم المذكورة غير قابلة للطعن إلا بالمعارضة (أي إن كانت غيبائية) سواء أكانت في مواد تختص بها المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية أصلاً (١) .

(١) ويرى صاحبنا شرح اللائحة الشرعية أن نظام التقاضي على درجتين غير موجود بتلك الجهات (شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد- ص١٢٢) .

الفرع الثانى

إختصاص المحاكم الابتدائية الشرعية

٢٠١- حددت المادة ١٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الإختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعاوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الإختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى أنه بما لا يدخل فى إختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعاوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

وللمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعاوى التطلاق والطلاق والتفريق الجسمانى دون غيرها ، الحكم ابتدائياً فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضائته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بائى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصور الحكم النهائى فيها .

- تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سبباً لىزال أهليته للزواج ويترتب على إقامة الدعوى وقف اتمام الزواج حتى يحكم نهائياً فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعها وتعيين القيم

ومراقبة أعماله والفصل في حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسلم أمواله لابلوتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مائون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة المحجور عليه في ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية وبين القيم فيما يتعلق بالاتفاق على المحجور عليه (١١م ق لسنة ٢٠٠٠) .

قضاء المحكمة بسلب الولاية - نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه في المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال في هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الاجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية .

الاختصاص باعتماد الحساب - تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية بون غيرها باعتماد الحساب للمقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (١٢م ق لسنة ٢٠٠٠) .

الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ - تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة في هذا الشأن .

٢٠٢- الجهة المختصة بتصحيح الخطأ في قيود الزواج والطلاق والنسب قد يقع الماذون في خطأ - حين يسجل بيانات وثيقة الزواج - في الزوج أو في إسم الزوجة ، ولا يكتشف هذا الخطأ إلا بعد مدة حين تطلب مسوغات التعيين ، أو الأوراق اللازمة لإستخراج جواز سفر ، لأحد الزوجين أو لأى من أولادهما ، حال حياة الزوجين أو بعد وفاة أى منهما ، أو بعد وقوع طلاق بينهما ، فما هي الجهة المختصة بإجراء التصحيح ؟

المستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ٣٦ من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ أن التغيير أو التصحيح في قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق أو التصديق أو التخليق أو إثبات النسب ، في السجلات ، يكون بناء على أحكام أو وثائق تصدر من جهة الاختصاص دون حاجة إلى إستصدار قرار بذلك من اللجنة المنصوص عليها في المادة ٤١ من قانون الأحوال المدنية المعدل المشار إليه (والتي تشكل في دائرة السجل المدني بالمحافظة من رئيس النيابة العامة رئيساً ، ومدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية عضوين) ، أى أن الفقرة الثانية إستثنت تصحيح أو تغيير تلك الوقائع من إختصاص اللجنة (١) .

وعليه ، فإنه يتعين على أصحاب الشأن أن يستصحبوا من الجهات المختصة طبقاً لقواعد الإختصاص المرعية في هذا الشأن ، عن طريق دعوى ترفع في هذا الصدد .

ويتعين على قلم كتاب المحكمة المختصة - بمجرد قيد أية دعوى ترفع بطلب التصحيح لإحدى قيود وأقعات الأحوال المدنية - أن يحرر إخطاراً (٢) بمضمون الدعوى ، ورقمها ، وأسماء الخصوم فيها ، ومحلات إقامتهم ، ورقم البطاقة إن وجد ، وذلك برسالة توجه إلى مكتب السجل المدني الواقع في دائرة المحكمة المختصة ، ويؤشر على ملف القضية بما يفيد تاريخ ورقم هذا الإخطار ، وذلك تنفيذاً لحكم المادة ٣٧ من قانون الأحوال المدنية .

(١) يراجع الكتاب المسمى ١٧ سنة ١٩٦٨ بكتاب مجلس الدولة رقم ٤٩/١١٦ (١٩٥٣) بتاريخ ١٩٦٨/٦/٤ .

(٢) يراجع كتاب وزارة العدل المبلغ للمحاكم في ١٩٦٢/١/٢٠ برقم ٦/١/٢٤ (٢٥٨) .

ولكن ما هي المحكمة المختصة نوعياً بإجراء هذا التصحيح أو التغيير ؟
الذي نراه ان المحكمة الجزئية (الدائرة الخاصة بالولاية على النفس) (١) هي
المختصة بإجراء التصحيح أو التغيير ، ثم كانت مختصة كذلك بتصحيح
الخطأ وإجراء التغيير فيه (٢) .

وقد قضى في دعوى تصحيح واقعة طلاق ... إقامتها المدعية ضد
المدعى عليه ، أوردت في سياق صحيفتها أنها كانت زوجة له بتصحيح العقد
الشرعي دخل بها وعاشرها ، ثم طلقها لدى مأنون ... بإشهار طلاقه أولى
بأئنة بينونة صغرى على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، وقد ذكر
في إشهار الطلاق خطأ أن إسم والدة المطلقة ... ، حالة أن إسمها الصحيح
هو ... ، بما يستلزم التصحيح وختمت الصحيفة بطلب الحكم لها على
المدعى عليه بتصحيح إسم والبتها بإشهار الطلاق المذكور بجعله ... ،
بدلاً من

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ قضت المحكمة غيباً للمدعية على المدعى
عليه بتصحيح إسم والبتها بإشهار الطلاق رقم ... من الدفتر رقم ... عملية
مأنون تالية ... ، مركز الزقازيق ، بجعله ... ، بدلاً من ... (٣) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان إختصاص المحكمة الجزئية النوعي
قد حددته المادتان ٦٠٥ من الرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بنظر
مواد محددة على سبيل الحصر ليس من بينها تصحيح الإسم ، وكانت
المحكمة الابتدائية للولاية على النفس هي المختصة بنظر المواد المتعلقة
بالزواج والطلاق عملاً بالمادة ٨ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - لما كان ذلك
وكان الحكم إذ قضى في موضوع طلب تصحيح وتغيير واقعة إشهار

(١) معدلة طبقاً للمادة ٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

(٢) دمياط الكلية الشرعية - الدائرة الأولى - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٦ القضايا ١٠ سنة
١٩٧٥ و٢٢ سنة ٧٥ و٢٨ سنة ١٩٧٥ و٣١ سنة ١٩٧٥ كلى لحوال .

(٣) مركز الزقازيق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ - القضية ٧٣٩ لسنة ١٩٧٥ شرعي
الزقازيق ، والقضية رقم ٧٣١ لسنة ١٩٧٥ شرعي مركز الزقازيق ، والقضية ٥٤٦
لسنة ١٩٧٥ شرعي مركز الزقازيق - بذلك الجلسة .

طلاق، مستثنى إلى تعليمات لا ترقى لمرتبة القانون ، وكان قضاءه فى الموضوع ينطوى على قضاء ضمنى بإختصاص المحكمة الجزئية بنظر الطلب فإن الحكم يكون مشوياً بمخالفة القانون .

كما تختص المحكمة الابتدائية الشرعية للأحوال الشخصية بتغيير قيد (الديانة) لمن كان غير مسلم ثم أسلم ثم إرتد عن الإسلام ، شريطة أن تضمن المحكمة أسباب حكمها أن المدعى يكون (مرتدًا) وأحكام الردة أنه لا يرث مسلماً ولا ذمياً ولا مرتدًا ، ولا حق له فى حضنة صغاره ، وأن المرتد يحل دمه (١).

٢٠٣ - طبيعة الدعوى بموت المفقود :

من المقرر فى الأصول الشرعية ، التى إستقى المشرع الوضعى من يتابعها أحكام المائتين ٢١ ، ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والتى نلت عليها المذكرة الإيضاحية ، أنه لما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته ، كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ، ثم لا يعود ، أو يفقد فى ميدان القتال ، والبعض الآخر يفقد فى حال يظن معها بقائه سالماً ، كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو السياحة ، ثم لا يعود ، فرؤى الأخذ بمذهب الإمام أحمد ابن حنبل فى الحالة الأولى ، ويقول مصحح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية ، وفى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقد ، فإذا لم يعد ويبحث عنه فلم يوجد ، إعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج من بعده ، وقسم ماله بين ورثته ، وفى الحالة الثانية يترك أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى ، فإذا بحث فى وجوده بكل الطرق الممكنة ، وتصرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده ، وتبين أن مثله ليس على قيد الحياة إلى هذا الوقت ، حكم بموته (المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى التعليق على المائتين ٢١ ، ٢٢) هذا ، ويلاحظ أن السنة فى مدة المفقود هى السنة الهلالية لأنها الأصل فى التقديرات الفلكية الشرعية - فإذا حكم بوفاة المفقود إعتبرت تلك الوفاة من تاريخ الحكم ، وتعتبر عدة الوفاة بالنسبة

(١) معلة طبقاً للمادة ٣ فقرة أخيرة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

لزوجته من وقت الحكم بموته ، وإنما ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته ، يقول (إبن عابدين) أن ما يكون له من مال قائم يأخذه ويعود إليه ، أما ما استهلكه الورثة من ماله أو أخرجوه عن ملكهم بتصرف شرعى ، فلا يسترد المفقود الذى ظهرت حياته شيئاً منه ولا قيمته ولا مثله ، ولا يضمن الورثة ، لأنهم تصرفوا فيه على أساس أنهم تملكوا بحكم شرعى سليم ، والقاعدة أن من تصرف بحكم قضائى لا يضمن شيئاً - أما بالنسبة لزوجته فإنما كانت لم تتزوج أو تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثانى ، عادت إلى زوجها الأول الذى كان مفقوداً وظهرت حياته ، وكذلك تعود إليه إذا تبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم كان باطلاً ، فإنما كانت قد تزوجت غيره بعقد صحيح ودخل بها الزوج الثانى وإتضح بجلاء أنه كان غير عالم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها ، فإن الزوجة تكون للثانى لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى ، وقد دخل بها ، فبمقتضى ذلك العقد الصحيح المبني على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له بداية ، ولا يفسخ ذلك العقد ، أما إن علم قبل الدخول بحياة المفقود فهى للأخير لا محالة (١) وكذلك الأمر إذا كان زوجها فى أثناء عدة الوفاة ، ويحق له رفع دعوى بالتفريق ، ويثبت النسب بهذا الدخول .

وإذا ثبت أن والد المدعى فقد منذ الإعتداء الثلاثى على بورسعيد عام ١٩٥٦ وإنقطعت أخباره منذ ذلك التاريخ حسبما دلت الشهاداتتان المقدمتان والهيئة الشرعية التى تقدم بها ، وأنه قد غاب مدة تزيد على أربع سنوات هلالية فى ظروف يغلب فيها هلاكه ، ومن ثم يتعين القضاء بإثبات غيبته وبموته ، بحيث تعتمد زوجته عدة الوفاة من يوم الحكم وتورث أمواله فيما بين ورثته (٢) وعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .

(١) إبن عابدين ، ومصر الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٢١/١/٢١ القضية ٢٢٨ سنة ١٩٢١ / ١٩٢٠ ، للحامسة الشرعية ، السنة ٢ ، العدد ٩ ، رقم ٩٩ ص ٨٤٨ وما بعدها ، وبحث : للمفقود الغائب - للأستاذ عباس طه الحامى الشرعى - الحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٧ و٨ و٩ و١٠ - ص ٢٢٢ وما بعدها ، ومنشور الحقانية رقم ٢٢ فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

(٢) دمياط الكلية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى) - جلسة ١٩٧٤/٢/٢٣ - القضية ٤٢ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى ، والعليا الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٩/٢ - -

هذا ويلاحظ أن دعوى إثبات غيبة المفقود والحكم بوفاته تختص بنظرها المحكمة الابتدائية (الكلية) بآثره الأحوال الشخصية (الشرعية) .
ونتناول في مطلبين نوعي إختصاصها على النحو التالي :

المطلب الأول

الإختصاص النهائي للمحاكم الابتدائية الشرعية

٢٠٤- فتكون أحكام المحاكم الابتدائية الشرعية (بآثر الأحوال الشخصية بالمحاكم الابتدائية) إنتهائية فيما يلى :

١- فى قضايا الإستئناف المرفوعة فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية الشرعية (الأحوال الشخصية) فى المنازعات المبينة بالمادة السادسة من اللائحة الشرعية والتي تناولنا بحثها فى المطلب الثانى من الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى (نظرية الدعوى) من هذا المؤلف ، إعتباراً من أن المحكمة الابتدائية فى هذه الحالة هى محكمة الدرجة الثانية لهذه الخصومات .

٢- فى تصرفات الأوقاف التالية :

(أ) الإنن بالخصومة .

(ب) طلب الإستدانة إذا كان المبلغ المطلوب إستدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى .

(ج) طلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير ، والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا يزيد على مائتى جنيه .

-المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ١٠٩ - ص ٢٢٤ ، والأزيكية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ - الحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٤٣ ص ١٨٧ ، وديماط الكلية الشرعية - العائرة الأولى - جلسة ١٩٧٧/١/٢٩ - القضية ٦٧ لسنة ١٩٧٦ أحوال نفس كلى ، وذات الجلسة - "قضية ٦٨ لسنة ١٩٧٦ أحوال نفس كلى.

وقد جاء نص المادة - فى تصرفات الأوقاف - بأن ما يصدر فيها هى قرارات نهائية فيما ورد - على سبيل الحصر - بتلك المادة .

المطلب الثانى

الاختصاص الابتدائى للمحاكم الابتدائية الشرعية

٢٠٥- الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى أنه بما لا يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

والمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى التطليق والطلاق والتفريق الجسمائى دون غيرها ، الحكم ابتدائياً فى دعوى النفقات أو الأجر وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضائته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بائى من هذه الطلبات بأحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

والمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة التنفيذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساهما تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصور الحكم النهائى فيها .

- تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجنبى بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجز على أحد طرفى العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجز سبباً لزوال أهليته للزواج ويترتب على إقامة الدعوى وقف انتمام الزواج حتى يحكم نهائياً فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفع وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل في حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسليم أمواله لادارتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مازون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه في ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس وولى التريبة وبين القيم فيما يتعلق بالانفاق على المحجور عليه (م ١١ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

- قضاء المحكمة بسلب الولاية - نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه في المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال في هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .
وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الإجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية .

- الاختصاص باعتماد الحساب - تختص المحكمة التى تنظر للمادة الأصلية بون غيرها باعتماد الحساب للقيم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو للقيم من اللبير للوقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (م ١٢م ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

- الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ - تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة في هذا الشأن .

تختص المحاكم الشرعية (دون الوطنية) بفرز أعيان الوقف وقسمتها بين مستحقيها (١) .

للمحاكم الشرعية هي المختصة بنظر دعاوى الإستحقاق ومواد القسمة بجميع أنواعها في الأوقات التي اعتبرت منتهية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (٢) .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ جعل فوز حصة الخيرات من إختصاص المحاكم الشرعية دون سواها . وإن المادة ٤١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ جعلت تغيير حصة الخيرات من الأعيان الموقوفة تفي بالمرتبة المخصص للخيرات ، على أنه إذا شرط الواقف في وقفه خيرات معينة المقدار أو في حكم العينة وطلبت القسمة ، فرزت حصة تضمن غلتها فيما شرط للخيرات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ على أساس متوسط غلة الوقف (٣) .

إن طلب أحد المستحقين في وقف عدم التعرض له في نصيبه سيجر حتماً إلى تحديد إستحقاق كل جهة من الجهات الموقوفة عليها في إشهاد الوقف ، ولا يقال بأن المحكمة قد بحثت في الإستحقاق مع أن الخصوم لم يتداعوا عليه ، بل على مجرد منع التعرض طالما أن النزاع المطروح يستلزم الفصل فيه التعرض لأمر يدخل بطبيعته في إختصاص المحكمة (٤) .

(١) طنطا الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١/١٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢٠١ - ص ٨٦ .

(٢) دمنهور الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/٥ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٤٠٥ - ص ٢٤٦ ، والعليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٠/١٩ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢٠١ - ص ٨٥ ، والعليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/٦ - للرجع السابق - العدد ٤٠٥ - ص ١٩٦ ، والجزيرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٦/٢٢ - للرجع السابق - العدد ٩٠٨ - ص ٢٩٧ .

(٣) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٩٠٨ - ص ٢٨٠ .

(٤) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٨/١٢/١ - للرجع السابق - العدد ٤٠٣ .

إن بيان ما يستحقه الجهات الموقوف عليها هو مما يدخل في صميم إختصاص المحكمة الابتدائية بهيئة قضائية وليس بهيئة تصرفات خصوصاً عند وجود نزاع في بيان قيمة الإستحقاق ، ولا يدخل ذلك في إختصاص هيئة التصرفات لأنها لا تختص ببيان قيمة الإستحقاق في وقف أو بتفسير شروط الواقفين سيما إذا كان هناك نزاع جدى في أصل الحق أو مقداره . فهئية التصرفات ليس لها إختصاص قضائى بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالإستحقاق بحيث إذا فصلت في نزاع جدى يتعلق بشيء من ذلك أثناء السير في إحدى مواد التصرفات كانت متعدي إختصاصها وفصلت في امر لا تملكه شرعاً ولا قانوناً ، لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن ولي الأمر إذا جعل القاضى مختصاً بالفصل في نوع من القضايا كان بالنسبة لغيره كسائر الأفراد ، فلا يملك الفصل فيه ، وقد سارت القوانين الوضعية على ذلك (١) .

إن طلب التسليم يعتبر ملحقاً بطلب الإستحقاق وفرع عنه ويأخذ حكمه . وطالما أن طلب الإستحقاق في الوقف من إختصاص المحكمة ، فإن الأمر بتسليم ما يحكم به هو من إختصاصها أيضاً (٢) .

إن القرار بإنهاء الوقف لا يعتبر حكماً قضائياً ، بل هو امر ولائى لا يحوذ قوة الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل في خصومة ، ومن ثم يجوز للخصوم طلب الحكم بإستحقاقهم فيما زاد عن حصة الخيرات في الوقف . تعرض هيئة التصرفات للإستحقاقات أثناء إنهائها الوقف على الخيرات - لا يجعل هذا التعرض الوارد في الأسباب- قضاء في الإستحقاق، فهذا التعرض إنما يعتبر عنصراً في تقدير حصة الخيرات على الأكثر (٣) .

(١) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٩/١/٢٥ - للرجع السابق - العدد ١٠٩ - ص ١٤٩ .

(٢) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٩/٢/١٦ - للرجع السابق - العدد ١٠٩ - ص ١٥٩ .

(٣) إستئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٦٢/٢/١٢ - الاستئناف رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ تصرفات ، قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنلى - ص ٤٢٢ .

مبادئ النقص في مسائل الوقف :

٢٠٦- أصدرت محكمة النقص ، أحكاماً حديثة . فقررت في مسائل

الوقف للمبادئ الهامة التالية :

إستقر قضاء النقص^(١) على وجوب تدخل النيابة في الدعوى كلما تعلق النزاع بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالإستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت ، وإلا كان الحكم باطلاً ، دون تفرقة بين ما إذا كانت الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف (التي كانت تنظرها للحاكم الشرعية ، ثم صارت من إختصاص الدوائر الكلية للأحوال الشخصية بعد صدور قانون توحيد جهات القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ، أو كانت قد رفعت بإعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف .

وتعد من المسائل المتعلقة بأصل الوقف - في إطار قضاء النقص المستقر - ما يلي : الإدعاء بإنحسار صفة عن أرض النزاع - تفسير نية الواقف وتعرف لمقصوده - بيان مدى حق الواقف في الرجوع في الوقف - إنشاء الوقف وشروطه تفسير عبارات كتاب الوقف - إستبدال الأعيان الموقوفة - بيان شخص المستحق الذي تؤول إليه ملكية ما إنتهى فيه الوقف تبعاً لطبيعة إستحقاقه وتحديد صفته فيه .

غرض الواقف يصلح مخصصاً لعموم كلامه ، وقد نصت المادة العاشرة من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن يحمل كلام الواقف على المعنى الذي يظهر أنه إرادته^(٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩/١/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ١ - مبنى وأحوال - ص ٤٦ ، ونقض - جلسة ١٩/١/١٩٧١ - المرجع السابق - ص ٣٦٢ - ونقض - جلسة ١٢/٢٣/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٣١٢ ونقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٩٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٨/٢/١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - العدد ١ - ص ٢٤٥ .

إنما كانت الواقفة قد جعلت ريع وقفها جمعية - فيما عدا ما يلزم لشئون الوقف (١) - وظائف ومرتببات جارية على المذكورين فيه وقصدتهم به ، منها ما هو أجر ومنها ما هو صدقة ومنها ما هو صلة ، فإن الوقف بهذه الصورة ، لا تطبق في شأنه أحكام المادة ٢٦ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فيما نصت عليه من أنه : لا تزيد المرتببات عما شرطه الواقف ، إذ هي لا تطبق إلا : إننا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط أو شرط لغيرهم مرتببات فيها ، بأن جعل للموقوف عليهم وشرط أن يصرف منها خيارات ومرتببات لغيرهم ، بل تحكمه أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة - وفقه الحنفية على أنه لو جعل الواقف وقفه على جماعة سماهم وسمى لكل إنسان منهم شيئاً معلوماً فزالت الغلة ، وأعطى كل منهم ما سمي له ، وكان ما بقى بينهم على عند الرؤوس ، ولا يصرف هذا الباقي إلى الفقراء كما لا يقسم بينهم بنسبة ما سمي منهم لأنه جمعهم في الغلة وجعلها لهم جميعاً في أول كلامه ثم فصل ما لكل منهم وسكت عن الباقي ، ويجعل ريعه لهم وحصره فيهم لا يصرف شيء منه للمساكين ما داموا موجودين ، ولسكوته عن بيان نصيب كل منهم في الزيادة ، تقسم بينهم بالسوية لعدم شرط التفضيل فيها ، وإذا كان ذلك وكان الحكم للطعون فيه قد خالف وجرى في قضائه على أن الواقفة أرادت أن تخص للمسجد والخيرات بغنائض ريع الوقف بعد استكفاء أصحاب المرتببات مرتبباتهم المقررة وأن أصحاب هذه المرتببات ليس لهم سوى إستحقاقهم ولا يزداد لهم شيء ورتب على ذلك الحكم بعدم تعرضهم لوزارة الأوقاف فيما زاد عن مرتبباتهم المقررة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

الحكم الصادر في الدعوى بإعتبارها دعوى ملكية ومما تدخل في اختصاص المحاكم المدنية أي كان سببها في حين أنها في جوهرها إستحقاق في وقف يدور النزاع فيه حول معرفة من إنحل عليه الوقف من أطراف

(١) نقض - جلسة ١٩/١/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - العدد ١ - ص ١٦٢ .

الخصوم وهل كان بغير عوض فيصبح ما إنتهى فيه الوقف ملكاً للوقف ،
لم كان بعوض فيؤول إلى مستحقيه الحاليين ، وهى بهذا الوصف مما كانت
تختص المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - بالنظر فيه طبقاً للمادة ٨ من
القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بعد تعديله بالقانون رقم ٢٩٩ لسنة ١٩٥٢ ،
هذا الحكم لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لصدره من محكمة لا ولاية
لها. وإذا إعتد الحكم المطعون فيه بهذا الحكم ورتب عليه عدم جواز نظر
الدعوى المرفوعة بالإستحقاق فى الوقف لسابقة الفصل فيها ، فإنه يكون
قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١) .

إن الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف ماساً بإستحقاق مستحقين لم
يمثلوا بأشخاصهم فى الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ولا يعتبر حجة
عليهم (٢) .

إن المأذون بالخصومة عن الوقف - وعلى ما جرى به قضاء النقض -
غير مسلط عليه ، لأن مهمته قاصرة على إتخاذ الإجراءات المأذون له فيها ،
وإذا كان هذا الطعن مرفوعاً من المأذون بالخصومة الذى إقتصرته المحكمة
المختصة على إذنه بالسير فى الاستئناف ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من
غير ذى صفة (٣) .

لما كانت العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق تخضع لأحكام الوكالة
ولحكم المادة ٥٠ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ التى تنص على أنه يعتبر
الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلاً عن المستحقين - والناظر مسئول عما
ينشأ عن تقصيره الجسيم كما يسأل عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر
وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسئوليتين المدنية والجنائية طالما أنه لم يثبت

(١) نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٥ - العدد ٢ -
ص ٧٧١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - ص ٥٥٠ ،
ونقض جلسة ١٩٥٩/٢/٥ - للرجع السابق - السنة ١٠ - ص ٢١٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٣ -
ص ١١٥٧ .

تقصير ناظر الوقف ، فإنه لا يصح أن يعدل عن عقود الإيجار التي أبرمها .
وإذا لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانوني لقضائه بمسئولية ناظر
الوقف عن أجر المثل ولم يحقق عناصر هذه المسئولية ولم يعرض ما إذا كان
يعمل بأجر أو بغير أجر وما إذا كان قد ثبت تقصيره ، فإنه يكون قد أعجز
بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيقه للقانون
مما يتعين نقضه (١) .

من المقرر شرعاً أن المستحق في الوقف هو كل من شرط له الواقف
نصيباً في الغلة أو سهماً أو مرتباً دائماً أو مؤقتاً . وإذا كان الثابت من الحكم
القاضي بالزام المطعون عليها بأن تدفع لمورث الطاعنين معاشاً شهرياً مدى
حياته من وقت تركه الخدمة في الوقف ، أن المورث يستحق الذي يطلبه
عملاً بصريح شرط الواقف بكتاب وقفه ، فإن المعاش المحكوم به للمورث
للذكور - وإن كان في صورة مرتب شهري معين المقدار يعتبر إستحقاقاً
في الوقف فلا يتقادم الحق فيه - إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ
الإستحقاق (٢) .

إذا كان ظاهر إنشاء الوقف يدل على أن الوقف مرتبط بالطبقات ترتبياً
إفرادياً ، فإن لازم ذلك ومقتضاه أن يكون إستحقاق الفرع بعد أصله
إستحقاقاً أصلياً لا ينتزع منه ولا وجه معه لنقض القسمة (نقض - جلسة
١٩٦٦/٦/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ١٤٢٩) .

وطبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف
يحمل كلام الواقف على المعنى الذي يظهر أنه أراد به وإن لم يوافق للقواعد
اللغوية (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - العدد ٢ -
ص ٦٠٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - العدد ١ -
ص ٩٢ ، نقض ، - جلسة ١٩٦٢/٢/٧ - المرجع السابق - السنة ١٣ - العدد ٢ -
ص ١٨٧ ، ونقض - جلسة ١٩٥٩/٤/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٠ - العدد
١ - ص ٣٨٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٥/١٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ -
ص ٦٤٤ .

المختار عند الحنفية أو الأصل في الوقف القسمة بالتسوية إذا اشترط التفاضل أو قامت قرينة تدل عليه . فإن اشترط في طبقة ولم يشترط في غيرها ولم تقم قرينة تدل عليه يبقى الأصل وتكون القسمة بالسوية . وإذا كان إنشاء الوقف يدل على أن الواقف شرط التفاضل بين الذكر والأنثى في أفراد الطبقة الأولى فقط وسكت عنه بالنسبة لغيرهم من الطبقات فيرجع إلى الأصل ويقسم الربيع بينهم بالسوية بين الذكر والأنثى فيما عدا الطبقة الأولى ولا يعدل عن هذا الأصل لقول الواقف في نهاية الإنشاء : « يتداولون ذلك بينهم » أو قوله : « وعلى النص والترتيب للمشروحين أعلاه » ، لأن المفهوم من إيراد الواقف هاتين العبارتين في نهاية الإنشاء أن الواقف أراد بهما مجرد الترتيب من طبقات ، المستحقين (١) .

من المقرر في قضاء النقض أنه إذا أثنى القاضى بإستبدال الوقف ، فإن الإستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة صيغة البذل ، وذلك بغض النظر عما يكون للعقد الإبتدائي من آثار أخرى ، وتنطبق هذه القاعدة دائماً مهما تنوعت الأسباب التى أدت إلى الحيلولة دون إيقاع صيغة البذل ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون عدم إتباعها مرده إلى صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، وخروج الأمر من إختصاص المحكمة الشرعية (٢) .

إسلام الواقف ليس شرطاً في صحة الوقف على المسلم ، ما لم يكن على جهة محرمة في شريعة الواقف وفي الشريعة الإسلامية (٣) .

شرط الواقف بأن يتولى الناظر صرف ريع الحصة حسبما يتراءى له على الأغراض المخصصة في حجة الوقف ، لا يفيد تملك الناظر حق

(١) نقض - جلسة ١٩/٥/١٩٧١ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ٦٥٢ .

(٢) نقض - جلسة ٢٥/٥/١٩٧١ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ ص ٦٨١ .

(٣) نقض - جلسة ٢٩/٣/١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني لأحوال - العدد ١ - ص ٥٦٤ .

التصرف فى أصل الإستحقاق إنشألاً وإخراجاً (١) .

مؤدى نص المادة ٢ من القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، أن الشارع - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أراد أن يجعل ملكية ما إنتهى الواقف فيه للواقف إن كان حياً ، وكان له حق الرجوع ، يستوى فى ذلك أن يكون قد إحتفظ لنفسه بخلة الوقف أو جعل الإستحقاق لغيره حال حياته ، فإن لم يكن الواقف حياً أو لم يكن له حق الرجوع ألت الملكية للمستحقين كل بقدر حصته ، وفى الوقف المرتب الطبقات تؤول الملكية إلى المستحقين الحاليين فيه وإلى ذرية من مات من ذوى الإستحقاق من طبقته ، وكل بقدر حصته أو حصة أصله ، وهم ذرية من دخل فى الوقف وتناول إستحقاقاً فيه ، وكان من أهل الطبقة التى إنحل عليها ثم توفى بعد الدخول وإنتقل إستحقاقه بحكم الترتيب الجملى إلى الباقين من أهل طبقته لا ذرية من توفى قبل دخوله فى الوقف وإستحقاقه لشيء فيه ولم يكن بذلك من أفراد الطبقة التى إنحل عليها الوقف ، ولا من ذوى الإستحقاق أو صاحب حصة ونصيب فيه ، وهى أوصاف وقیود قصد إليها الشارع ، ولا تصدق فى حق من توفى أصله قبل الدخول فى الوقف (٢) .

مبادئ المحاكم الشرعية فى مسائل الوقف :

٢٠٧ - أصدرت المحاكم الشرعية - فى مسائل الوقف - مبادئ هامة ، منها :

الأرض غير المملوكة للواقف لا یصح له وقفها ، لأن شرط صحة الوقف ملك الواقف لما وقفه (٣) .

للقاقف أن یشرط الشروط العشرة فى وقفه لنفسه ولغيره مدة حياته وبعد مماته ، وأنه إذا شرطها لغيره ولم یشرطها لنفسه كان ذلك منه

(١) نقض - جلد ٢٩٠ / ٢ / ١٩٧٢ - للرجع السابق - ص ٥٦٤ .

(٢) نقض - جلسة ١١ / ٢٢ / ١٩٧٢ - للرجع السابق - العدد ٢ - ص ١٢٦٧ .

(٣) العليا الشرعية - جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٤٨ - المحاماة الشرعية - السنة ١٩ - العدد ٧ ص ٢٧٦ .

إشتراطاً لنفسه ، لأن غيره إنما يتصرف بمقتضى هذه الشروط بطريق الوكالة عنه فى حياته ، ويطريق النيابة عنه بعد مماته (١) .

المحكمة المختصة بسماع إسهادات التغيير فى الوقف والرجوع فيه هى هيئة التصرفات بالمحكمة الابتدائية التى بدلائرها إعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة عن غيرها أخذاً من المادة ٢ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (٢) .

المحاكم الشرعية هى المختصة بنظر دعاوى الإستحقاق ومواد القسمة بجميع أنواعها فى الأوقاف التى اعتبرت منتهية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (٣) .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يلغ الأوقاف الأهلية ولم يبطلها ، بل إن القانون المذكور إحترم رغبات الواقفين وشروطهم المدونة فى كتب أوقافهم ، وقضى بأن من يستحق نصيباً فى الربيع يملك فى العين الموقوفة نصيباً يساوى نصيبه فى الإستحقاق بموجب شرط الواقف فى كتاب وقفه (٤) .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ جعل فرز حصة الخيرات من إختصاص المحاكم الشرعية دون سواها ، وجعلت المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تعيين حصة للخيرات فى الأعيان الموقوفة تفى بالمرتب المخصص للخيرات ، على أنه إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات معينة المقدار أو فى حكم المعينة ، وطلبت القسمة ، فرزت حصة تضمن غلتها فيما شرط

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٦/١٩ - للحاماة الشرعية - السنة ١٩ - العدد ٧ - ص ٢٦٠ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٢/٥ - للحاماة الشرعية - السنة ١٩ - العدد ٧ - ص ٢٨٩ .

(٣) دمنهور الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/٥ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٤ - ص ٢٤٦ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/٦ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٤ - ص ١٩٦ .

للخيرات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ على أساس متوسط غلة الوقف (١).

يصبح مال البذل ملكاً للمستحقين بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ويجب صرفه لمستحقه تنفيذاً للقانون المذكور (٢) .

إذا شرط الواقف أن من مات من الموقوف عليهم قبل دخوله فى الوقف وإستحقاقه لشيء فيه وترك ولداً أو ولد أو أسفل من ذلك إنتقل نصيبه إليه بعد شرطه وإستحق الفرع نصيب أصله الذى مات قبل الإستحقاق (٣) .

إذا كان الوقف مرتباً ترتيباً إفرادياً ، كان بمثابة أوقاف متعددة ، فلا يحجب أصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما إستحقه أو كان يستحقه إلى قرعه سواء نص الواقف عل ذلك أم لا طبقاً للمادة ٢٢ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ما لم يوجد فى كتاب الوقف نص صريح يخالفها (٤) .

نصت المادة ١١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على حالات رجوع الواقف عن وقفه الأهلى والخيرى وإستثنت المساجد وما وقف عليها (٥) .

إن المرتب غير الدائم فى الوقف هو كالمرتب الدائم تماماً فى أن صاحب كل واحد منهما يعتبر مستحقاً فى الوقف بمقدار مرتبه - ذلك أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فرق بين المرتب الدائم عند القسمة ، حيث يفرز للأول ولا يفرز للثانى - ويعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ أصبح لا فرق بين المرتبين ، وصار صاحب المرتب غير الدائم مستحقاً فى الوقف ، وبهنا

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٨ - ص ٢٨٠ .

(٢) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/١٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٤ - ص ٢٦٠ .

(٣) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٣٤٧ .

(٤) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٣٥٠ .

(٥) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٩/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٣٢٨ .

القانون يصحح ملكاً لحدار ما يغفل مرتبه من الأعيان الموقوفة ، فيفرز له نصيب من الوقف يفي ريعه بمرتبه غير الدائم (١) .

٣- دعاوى النسب في غير الخيرات ، والطلاق والخلع والمباراة . والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها - وهى الدعاوى التى عقد الاختصاص بها للمحاكم الابتدائية القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بعد أن كانت من إختصاص المحكمة الجزئية .

أولاً - دعاوى النسب :

٢٠٨- نصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة اتت به بعد ستة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إنا اتت به لأكثر من ستة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون فى شأن هذه المادة أنه لما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب (٢) مبنيًا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل، ولم يبين أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كلبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٢/١٢/١٩٥٢ ، المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ العدد ٧ ، ص ٢٤٠ ، وعكس ذلك : مصر الابتدائية الشرعية جلسة ٢٤/٢/١٩٥٢ المرجع السابق السنة ٢٤ العدد ٧ ص ٢٥٥ .

(٢) يراجع فى النسب : الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر طبعة ١٩٦١ والأحوال الشخصية - للأستاذ محمد الحسينى حنفى - طبعة ١٩٦٥ ، والأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسى ، والأحوال الشخصية مع التعمق (النسب) - لأستاذنا الجليل الشيخ بد ران أبو العنين بدران - مذكرات على الآلة النسخة - دبلوم الشريعة الإسلامية طبعة الأسكندرية عام ١٩٦٤ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام منكور - القسم الثالث - طبعة ١٩٧٥ .

مدة الحمل كتاب ولا سنة ، فلم ترى الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ، وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضاة من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والإحتيال ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاقى مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الإحتيال والتزوير ولذا وضع نص المادة ١٥ .

فيجوز إثبات نسب الولد لأمه ولو ولدته وهى بالغة نحو الستين من عمرها ، لجواز تأخر الإيلاس بالنسبة لها إلى ما بعد هذه السن (١) .

والمستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة فى النسب (٢) .

ولا يثبت النسب إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من ستة شمسية طبقاً للمادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . إن سكوت المطلق عن نفى النسب عند ولادة مطلقة وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسمياً منسوباً إليه فى حكم الإقرار بالنسب فلا يعول على إنكاره النسب بعد ذلك ، لا يكفى مجرد إنكار النسب ، بل لا بد من إتخاذ إجراءات نفية فى حينه (٣) .

إذا تزوجت معتدة الغير بأخر وأتت بولد لأقل من ستة أشهر ، فنسب الولد يثبت من الزوج الأول ، لتبين كذبها فى إقرارها بإنقضاء العدة الحاصل من إقدامها على الزواج لأن الولد كان موجوداً حين الإقرار (٤) .

يحتاط فى ثبوت النسب ويحتال فيه بقدر ما يمكن ، فيثبت بطريق الإيلاء والإشارة مع القدرة على النطق .

فإذا أقدم على العقد عليها وهى حامل وقد إعترف ضمناً بذلك الحمل

(١) العليا الشرعية - جلسة ٢٧/٥/١٩٥٠ - للحامدة الشرعية - السنة ٢٤ - ص ٢٠١ .

(٢) ميت غمر الشرعية ، جلسة ١٥/٤/١٩٥٢ - المرجع السابق ، السنة ٢٢ ص ٤٢٧ .

(٣) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩/١/١٩٥٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٠١ .

(٤) مركز شبين الكوم الشرعية - جلسة ٩/٩/١٩٨٠ - الأحكام الشرعية - السنة ٧ - ص ١٩١ .

أنه منه كان ذلك إدعاء للولد وإعترافاً بالدخول ، فيثبت نسب الولد ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد الرسمي لأن العقد الرسمي إذ ذاك ليس إلا تصادقاً على قيام الزوجية بينهما (١) .

للتصوص عليه شرعاً أن التناقض في النسب مغتفر إذا كان مما يخفى (٢) ، ولكنه بعد ثبوته لا ينقض (٣) .

الإقرار بالبنوة حجة في ثبوت النسب من المقرر ولو ثبت بطريق إداري أو الولد لقيط (٤) .

من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش » وقد فرغ الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو للخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، كما فرعوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة ، لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً ، واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال: أحدهما أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها بل ولو طلقها عقوبة في المجلس . والثاني : أنه العقد مع إمكان الوطء . والثالث : أنه العقد مع الدخول للمحقق لا إمكانه المشكوك فيه ، التناقض فيما هو محل خفاء ، ومنه النسب عفو مغتفر ولا يعتبر كذلك التناقض في دعوى الزوجية والفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء (٥) .

يثبت النسب بالشك وينبني على الإحتمالات النادرة التي يمكن

(١) لجا الشرعية - جلسة ١٩٢٢/٥/٢٩ - القضاء الشرعي - السنة ١ - ص ٦٥٩ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢١/٣/١٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٣ - ص ١٥٤ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢٦/١/١٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٨ - ص ١٩٩ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١/٢٩ - القضاء الشرعي - السنة ٢ - ص ٦٠٩ .

(٥) نقض - مبنى - جلسة ١٩٦٢/١/١٧ - الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٩ ق - أحوال شخصية ٤ .

تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للصغير (١) .

ولا يعتد بإقرار الزوجة الثابت بإيصال قبض جزء من المهر تعترف فيه بعدم الدخول والخلو متى قامت القرائن القاطعة على الدخول بعد العقد ، وعلى هذا إذا وضعت الزوجة ولداً ثبت نسبه من الزوج ، وحكم لها بنفقة عدة وصغير لدليل الإحتيال (٢) .

مبادئ النقض فى دعاوى النسب :

٢٠٩- دعوى النسب لا تزال باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية ويجوز إثباتها بالبينة (٣) .

وفقاً للمادة ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى لأصلية ، وإن كانت الدعوى دعوى نسب يحدد نطاق الخصومة فيها أمام محكمة أول درجة على هذا الوضع ، ولا تتسع بطبيعتها للصلح على مال ، فإن تقديم الطاعنين محضر صلح متضمناً تقسيم التركة وطلبهم التصديق عليه ورفض للطعون عليهما ذلك لعدم إعترافهما به أو إقرارهما له وتنصلهما منه ، يمتنع به على المحكمة هذا التصديق ولا يجوز لها أن تعود وتعرض لموضوعه .

الأصل فى دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن ينظر فى النسب المتنازع فيه ، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت بإعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة ، فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر ، سواء إدعى لنفسه حقاً لم يدع ، ويفتقر فيها التناقض لأن مقصودها الأصل هو النسب والنسب مما يفترض فيه

(١) إستئناف المنصورة - جلسة ١٩٦١/١٢/٤ - القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٠ لحوال شخصية .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٤/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ٨ و ١٠ و ١١ - ص ٧١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٧ - العدد ٤ - مننى وأحوال - ص ١٨١١ وما بعدها .

التناقض للخفاء الحاصل فيه ، أما لو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت بإعتراقه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة فلا تسمع إلا أن يدعى حقاً من إرث أو نفقة ، ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يفترق فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ودعوى المال يضرها التناقض ما دام باقياً لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو بقول المتناقض : تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر (١) .

ويثبت النسب فى الشريعة الإسلامية ، بالإقرار ، وإذا عول الحكم المطعون فيه على إقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب ، فإنه يكون صحيحاً فيما إنتهى إليه (٢) .

ومن حيث أن المقرر شرعاً أن الإقرار بالبينة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير ، كان يقول بأن هذا الولد إبنه (٣) ، يثبت به النسب ، لأنه إقرار مباشر فيه تحميل النسب على النفس (٤) ، وأن الإقرار بالبينة حجة فى ثبوت النسب من المقرر ولو ثبت بطريق إدارى أن الولد لقيط (٥) ، ويثبت النسب فى الشريعة الإسلامية بالإقرار ، وإذا عول الحكم

(١) نقض - جلسة ١٧/٤/١٩٧٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ مدنى وأحوال - ص ٦٨٩ - ونقض - جلسة ١١/٧/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٠٠٤ .

(٢) نقض - جلسة ٨/٢/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - العدد ٢ ص ٥٨٩ .

(٣) دمياط الابتدائية - المائرة الأولى للأحوال الشخصية - جلسة ٢٣/٢/١٩٧٥ - القضية ٦٨ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ، وجلسة ٢٩/٢/١٩٧٥ - القضية ٤٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلى .

(٤) الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١ - ١٩٦١ - ص ٩١ وما بعدها .

(٥) العليا الشرعية - جلسة ٢٩/١/١٩٦٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - ص ٦٠٦ وما بعدها .

المطعون فيه على إقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب ، فإنه يكون صحيحاً فيما إنتهى إليه (١) .

من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش ، وإختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال : أحدها - أنه نفس العقد ولو لم يجتمع بها ، بل لو طلقها عقوبة في المجلس ، والثاني - أنه العقد مع إمكان الوطء ، والثالث - أنه العقد مع الدخول المحقق لإمكانه المشكوك فيه ، وقد إختار الشارع بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الرأي الثاني على ما يؤدي إليه نص المادة ١٥ منه ... وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشاً إنما هو العقد مع العقد مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه (٢) .

إن النسب يثبت شرعاً - عند الإنكار بالبينة (٣) .

النسب يثبت في جانب الرجل بالفراش وبالإقرار وبالبينة ، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع ، والإقرار يتعلق به حق المقر له في أن يثبت نسبه من المقر ، وينتفى به كونه من الزنا ، ولا يصدق الزوجان في إبطاله .

إن المنصوص عليه شرعاً ، أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ، متى كان صغيراً لم يبلغ ويبقى على إسلامه إلى البلوغ ، ويحتاج بعد البلوغ إلى تجديد إسلامه ، وإذا كان الحكم المطعون قد أقام قضاءه بإسلام المطعون عليه (مدعى الوراثة) على أنه مسلم تبعاً لإسلام أبيه أخذاً بما سلف وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يخالفه ، وأن هذا لم يثبت إذ لم تأخذ المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة والقرائن التي إستندت إليها الطاعة في أن المطعون عليه كان مرتكباً وقت وفاة والده ، فإن هذه

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - العدد ٤ - مدني وأحوال - ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسـ ١٩٧٠/٢/١١ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ١ - ص ٢٩ ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - العدد ٦٥٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ العدد ٣ - ص ١١٦ وما بعدها .

الدعامة كافية لحمل قضائها في هذا الخصوص (١) .

إذا كان ما إستظهره الحكم لا ينبىء عن قيام زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة بين الطاعنة والطعون عليه مما يعتبر فراشاً صحيحاً يثبت معه نسب الصغير إليه ، فإن النعمى عليه بمخالفة القانون فيما قرره من أن الولد المطلوب إثبات نسبة ابن للطعون عليه من الرزنا على غير أساس (٢) .

إن المسلمة لا تتزوج إلا مسلماً ، وزواج المسلمة بغير المسلم حرام بإتفاق ولا يتعقد أصلاً ، ولا يثبت منه النسب - وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وجرى في قضائه على أن نكاح الذمى للمسلمة فاسد يثبت به النسب ، ورتب عليه ثبوت نسب الطفلة (...) للطاعن (الدكتور ...) ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب (٣) .

من الأصول في فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن النسب يثبت بالفراش والزواج الصحيح وما لحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة ، ورتب الفقهاء على ذلك أن الرزنا لا يثبت نسباً ، إلا أن أساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة في زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ، لما هو مجمع عليه من أنها أقل من مدة الحمل أخذاً بقوله تعالى « وحمله وقصاله ثلاثون شهراً » ، وقوله تعالى « وقصاله في عامين » ، فيإسقاط الفصل في الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال في الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر ، شرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر

(١) نقض جلسة ١٩٧٤/١/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ مدني وأحوال - ص ١٢٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٦/١٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - العدد ٢ - ص ٧٨٧ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/١/١٧ - المرجع السابق - السنة ١٢ - العدد ١ - ص ٧٢ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - العدد ٢ - ص ٥٨٥ وما بعدها .

من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه. والراجع في مذهب الحنفية ، سريان هذه قاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة للزنا (١) .

أصول شرعية في النسب :

٢٠٩ مكرر - (١) - المقرر شرعاً إن في النسب حقوقاً أربعة : حق الله تعالى ، وحق الولد ، وحق الأم ، وحق الأب . فإذا قررت الأم بنفي نسب إبنها من أبيه الحقيقي ، لإن إقرارها هذا لا يتعدى أثره إلى إبنها ، ومن حقه أن يقيم الدعوى لإثبات نسبه ضد والده أو وراثته بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، فإذا ما ثبت النسب ترتبت كل آثاره الشرعية .

(٢) إذا أقرت المطلقة برؤية الحيض ثلاث مرات بعد طلاقها في مدة تحتمل ذلك وأقلها ستون يوماً ، وتزوجت بناء على هذا الإقرار ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد الثاني ولأقل من ستة من تاريخ طلاقها من الزوج الأول ، فإن المولود ينسب لمطلقها وينفسخ عقد زواجها ممن تزوجته بعده .

(٣) إقرار المطلقة بالخروج من العدة بعد أربعة أشهر من انفصالها عن زوجها (المطلق) ، ثم ولادتها ولدًا بعد خمسة أشهر من تاريخ الإقرار ، يقوم دليلاً على أنها كانت مخطئة فيما أقرت به ، وإنها عمدت إلى ذلك حتى لا يتسنى لمطلقها أن يراجعها ، وإن هذا الإقرار منها بالخروج من العدة لا يتعدى أثره إلى المولود ، لأنها كانت بالفعل حاملاً وقت الإقرار وهو أمر متعين ، ومن ثم لا يكون غير مفيد إنكار نسب المولود .

(٤) لما كان المقرر بنص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً بائناً إذا ولدته في خلال سنة من تاريخ الطلاق البائن ، إستناداً إلى المقرر في الفقه والمؤيد برأي الأطباء من أن الحمل قد يمتد لأكثر من تسعة أشهر ، وإن كانت هذه الحالة نادرة إلا أن

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٢ الطعن ٦٩ لسنة ٦٢ق (أحوال) - المصيط - للمستشار حسن منصور- طبعة ١٩٩٨ - ص ٦٠٤ و ص ٦٠٨ .

من الممكن حدوثها - لما كان ذلك ، فإن إنكار النسب فى مثل هذه الحالة سوف لا يكون مفيداً ، وسوف يكون سبباً فى حرمان الأب من ضم ولده إليه فى الوقت المستحق له فيه شرعاً ضمه .

(٥) لا يشترط لإثبات نسب الأولاد الذين جاءوا ثمرة لزواج غير موثق رسمياً أن يكون عقد الزواج العرفى موجوداً ومكتوباً ، ويكفى فى ذلك أن تثبت المعاشرة بين الزوجين من تاريخ سابق على الولاية بستة أشهر على الأقل ، والمعاشرة الزوجية تثبت بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال ، ولم يشترط فى الشهود أن يكونوا قد شهدوا عقد الزواج وإنعقاده ، فقد جرت أحكام القضاء بما أجازته الفقهاء من الإكتفاء بالشهادة السماعية على النسب والزواج .

(٦) لا تصلح شهادة الميلاد لإثبات النسب لأنها لم تعد لذلك أصلاً ، وإن حجيتها قاصرة على إثبات تاريخ الميلاد لا تتعداه كل ذلك إذا قيد المولود فى غيبة أبيه . أما إذا كان أبوه هو الذى قيده وأبلغ عن مولده كان ذلك إقراراً منه بنسبه إليه . ومع ذلك فلا بد للأم من رفع دعوى شرعية بإثبات النسب .

(٧) إذا كان الثابت من مطالعة المستندات المقدمة فى الدعوى أن المدعية تزوجت من والد طفلها مسيحياً وأنه أقر بإسلامه فى إبلاغه بمولودها وقيده لهما وأنه وإياهما مسلمون ، وأنه أقر بما قدم لإلحاقهما بالمدرسة ما يؤكد ذلك ، وأن شهود عقد الزواج العرفى المقدم قد شهدوا بأنه نطق بالشهادتين وأعلن إسلامه قبل زواجه بالمدعية ، المسلمة وإنشاء إنعقاد الزواج العرفى ، وأنه مات على دين الإسلام ، فإن فى ذلك ما يكفى لإثبات إسلامه ومعاشرته لزوجته المدعية ورزقه بولديه منها على فراش زوجيته بها . أما حقوق المدعية فالدعوى بها غير مسموعة طبقاً للمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية .

(٨) إذ كان الثابت أن المدعية كانت تتقاضى معاشاً عن زوج سابق أرادت ألا ينقطع بزواج جديد ، فآثرت إخفاء الزواج الثانى والإكتفاء بأن يكون بعقد عرثى ، وحرصت على إخفاء واقعة ميلاد إبنتها ، ثم اضطرت إلى إقامة هذه الدعوى بطلب ثبوت نسب الصغيرة إلى أبيها المدعى عليه ، وكان الثابت أن المدعى عليه مثل بإحدى الجلسات وأقر بزواجه من المدعية بعقد عرفى

سابق على ميلاد الصغيرة بعام ، وإن عقد الزواج لم يوقع عليه إلا بشهادة محرره ، وكان المقرر شرعاً أن عقد الزواج الذى لا يحضره شاهدان يعتبر فاسداً لفتن شرط الشهادة عليه وهو شرط لصحته ، ولكنه مع ذلك يثبت به النسب ، لما هو متفق عليه شرعاً من أن النسب يثبت بالإنكاح الفاسد احتياطاً رعاية للمولود .

(٩) إذا كان الثابت من الأوراق أن المدعى عليه أقر ببخوة ولده من المدعية بقيده بنفسه له بإسمه ، فإنه غير مقبول ممن أقر بالنسب صراحة أو دلالة أن يهود إلى نفى نسبه .

(١٠) إذا كان الثابت من مطالعة الأوراق أن والد الصغيرة (شقيق المدعى عليهم) كان يعاني من مرض السرطان وهو مرض موت ، وأنه قبل وفاته بأشهر طلب إلى أخوته إحضار موثق من الشهر العقارى ليقرر أمامه رسمياً بأمر لم يفصح عنه إلا أمام الموثق ، وقرر أمامه بأنه أب لطفلة تبلغ من العمر خمس سنوات رزق بها من سيدة معروفة لهم هى المدعية من زواج عرفى ، وأن أمها طلبت بدعواها ثبوت نسب الطفلة إلى أبيها - فإن الإقرار بالبنوة وإن كان فى مرض الموت يثبت به النسب إذا كان المقرر له مجهول النسب ، وأن يكون المقرر له ممن يولد لمثل المقرر ، والا يكذب المقرر له المقرر إذا كان بالغا ، فإن كان صغيراً فلا حاجة إلى تصديقه .

(١١) تحليل الدم لا يعتبر وسيلة من وسائل إثبات النسب ، إذ ليس بلازم أن تكون فصيلة دم الولد من نوع فصيلة دم أبيه ، فقد تتحد فصيلة الدم بين شخصين ليس بينهما قرابة بينما قد تختلف بين الإبن وأبيه .

(١٢) إذا كان قد أقيم إستئناف من الأم عن حكم قضى برفض ثبوت نسب إبنتها بعد الميعاد ، وصار الحكم نهائياً ، فإن المقرر أن فى النسب حقوقاً أربعة : حق الله تعالى ، وحق الأم ، وحق الصغير ، وحق أبيه ، فإذا تراخست الأم فى إثبات حقها فإن ذلك لا يتعدى أثره إلى حق إبنتها ولا يضر به ، فللصغير عند بلوغ حد الخصامة (إثنى عشر عاماً) ولأقارب الزوجة أن يرفعوا الدعوى بثبوت نسبه إلى أبيه . ولا يحق للخصم أن يدفع الدعوى الجديدة بعدم سماعها شرعاً لسابقة الفصل فيها لإختلاف الخصوم .

أحكام نفى نسب الصغير فى الأصول الشرعية :

٢٠٩ - مكرر (١) - من المقرر فى الأصول الشرعية أنه يشترط لنفى نسب الولد أن يكون الولد حياً ، وذلك على خلاف بين المذاهب الشرعية ، فعند الحنفية ، يشترط أن يكون الولد حياً ، ولا يعتبر ذلك شرطاً عند باقى الأئمة ، تأسيساً على أنه بالموت قد إنتهى وإستغنى عن النفى ، فلا يمكن نفى الميت ، ولأن النفى حكم على الولد ، والميت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم ، ولا يتصور خصم عن الميت هنا (١) - وبالبناء على ما تقدم ، وقد ثبت وفاة الصغير المطلوب نفى نسبه ، فإن الدعوى تكون غير مسموعة شرعاً ، خاصة وأن دعوى التفريق للملاعة لم ترفع بعد وقبل الوفاة ، وذلك أخذاً بالمذهب الحنفى الواجب التطبيق فى بلادنا بنص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، ومن ثم يتعين بعدم سماع الدعوى (٢) .

وقد نص الفقهاء على الفراش الذى يثبت به النسب على أربع مراتب .

ضعيف - وهو فراش الأمة ، ولا يثبت النسب به إلا بدعوى .

ومتوسط - وهو فراش أم الولد ، فإنه يثبت فيه بلا دعوى ، ولكنه ينتفى بالنفى .

وقوى - وهو فراش المنكحة ، ومعتمدة الرجعى ، فإنه لا ينتفى إلا باللعان .

(١) يراجع فى مختلف المذاهب فى نفى نسب الصغير الميت : الفتاوى الهندية - للشيخ نظام جزء ٢ - ص ١٥٠ وفتح القدير للعلامة كمال بن الهمام - جزء ٢ - ص ٢٦٢ ، وحكم محكمة الضواحي ، المؤيد إستئنافياً ، فى ١٢/٢٢/١٩٣٨ - الحاماة الشرعية - الستة ١٠ - العدد ٢ - رقم ٦٨ - ص ٢٦٠ .

(٢) دمياط الكلية - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٩ - القضية ٤١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى - وورد فى الأصول الشرعية أن سيدنا عمر بن الخطاب أمر برجم امرأة مجنونة لأنها وضعت لسنة أشهر ، فرد عليه على بن أبى طالب : (إن الله يقول : وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) كما قال سبحانه وتعالى : والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين؛ فيؤخذ منهما معاً أن أقل الحمل ستة أشهر ، وإن الله رفع الظلم عن الجنون) ، فكان عمر يقول : لولا على لهلك عمر ، ودمياط الكلية الشرعية - جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ - القضية ٥٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلى دمياط .

وأقوى - كفراش معتدة البائن . فإن الولد لا ينفي فيه أصلاً ، لأنه متوقف على اللعان (١) ، وشرط اللعان الزوجية .

الأصول الشرعية في الملاعة :

٢٠٩ مكرر (٢) - اللعان في اللغة مصدر لاعن ، يلاعن ، ملاعة ، وهو من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد .

وهو في الأصول الشرعية ملاعة تجرى بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ، وبالفحش القائم مقام حد الزنى بالنسبة للزوجة (٢) ،

وأساس اللعان قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

وقد لاعن النبي ﷺ بين هلال بن أمية وامراته لما قذفها بشريك من السحماء .

(١) واللعان شرعاً ملاعة تجرى بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ، وبالفحش القائم مقام حد الزنى بالنسبة للزوجة - الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - طبعة ١٩٦١ - ص ١١٦ ، والمراجع العديدة التي أشار إليها) .

(٢) يراجع في اللعان : تنوير الأبصار والدر وإن عابدين - جزء ٢ - ص ٨٠٥ وما بعدها ، فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدى جلي - جزء ٢ - ص ٢٤٧ ، وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - للشيخ محمد زيد الإبياني - جزء ٢ - ص ٥ ، والأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر - ص ١١٦ ، والأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٥ - للشيخ محمد زكريا البريسي - ص ٤٢٩ ، والوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام - للشيخ محمد سلام مذكور - ص ٤٤٠ ، والتعزير في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - للدكتور عبد العزيز عامر ، والتشريع الجنائي الإسلامي - للأستاذ عبد القادر عوية .

وعند الحنفية أن وجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين ، أنه بالتلاعن يسقط عنه حد القذف ، ويسقط عنها حد الزنى ، لأن الإستشهاد بالله مهلك مع الكذب مثل الحد ، بل أشد منه .

أما الشافعى - فقد قال إن اللعان إيمان مؤكدة بالشهادات .

وهو الظاهر من قول مالك وأحمد بن حنبل .

وعن مالك وأحمد بن حنبل رواية أخرى كقول الحنفية .

وقال إبن القيم إن الصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين : اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار ، لإقتضاء الحال تأكيد الأمر .

ويشترط فى اللعان - عند الحنفية - شروط أهمها أن يكون الطرفان زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير أخرسين - وغير محدولين فى قذف ، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً ، سواء دخل بها أو لم يدخل .

كما يشترط أن يكون القذف بصريح الزنى (كنفى نسب الولد لأن معناه أن الزوجة حملت من الزنى ، وكان يقول لها : يا زانية ، أو أنت زنية ، أو رأيتك تزنين ، أو أن هذا الولد ليس منى) .

ويشترط أيضاً أن يكون القذف فى دار الإسلام ، فإن كان فى دار الحرب فلا يقام حد القذف ، ويقتضى لا يجرى اللعان ، لأنه ولاية لسلطان المسلمين فى دار الحرب .

ومن شروط اللعان ، أيضاً أن تطالبه الزوجة بموجب القذف وهو حد القذف أن أكذب نفسه ، وباللعان إن أصر على موقفه ، والطلب من حقها إذا كان قد راعها بالزنى ، ويكون حقه أيضاً إذا كان ينفى الولد ، لأنه محتاج إلى نفى من ليس ولده عنه .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش ، وفى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مرافقاً أو

بالفأ ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بيعة ، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما - أن يكون نفية وقت الولادة . وثانيهما - أن يلاعن امرأته ، فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه والحقه بأمه . والأصل فى النسب الإحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبئ على الإحتتمالات التى يمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد^(١) .

واللعان واجب متى طلب وليس اختياراً ، فإن أبى الزوج أو أبت الزوجة ، أجبر كل منهما على الملاعة ، وحيس حتى يلاعن أو يكذب الزوج نفسه ، فيحد حد القذف ، أو حتى تصدقه الزوجة فيندفع بذلك اللعان ولا تحد حد الزنى .

وإذا تم اللعان بين الزوجين بأن حلف الرجل وحلفت المرأة على الوجه الذى تقدم ، ترتبت الأحكام التالية :

حرمة إستمتاع كل من الزوجين بالآخر بمجرد إتمام الملاعة قبل تفريق القاضى ..

والتفريق - عند الحنفية - لا يتم إلا بحكم القاضى ، بحيث لو تم اللعان ولم يفرق القاضى بينهما ، اعتبرت الزوجية قائمة فى بعض الأحكام كالإيراث ووقوع الطلاق ، فلو مات أحد الزوجين المتلاعنين قبل أن يفرق القاضى بينهما ، ورثه الآخر ، وإذا طلق الزوج زوجته بعد تمام اللعان قبل تفريق القاضى ، وقع الطلاق ، وإذا كذب الزوج نفسه بعد تمام الملاعة قبل تفريق القاضى ، فإن زوجته تحل له من غير عقد جديد .

وإذا فرق القاضى بين المتلاعنين وقع هذا التفريق طلاقاً بائناً عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يحل للزوج أن يعاود سيرته الأولى مع زوجته إلا إذا كذب نفسه أو صدقته الزوجة أو كان منه أو من الزوجة ما يزيل أهلية الشهادة ، فإن كان الأول أو الثانى حلت المرأة لزوجها ، وإحتسب الطلاق البائن من الطلاقات التى يملكها الرجل .

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ - الطعن ٤٧ لسنة ٦٣ق (أحوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٩٦ .

والتفريق بين المتلاعنين يقع طلاقاً بلائناً ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا تتصور أن تكون من جانب المرأة ، وكل فرقة من هذا اللون هي طلاق لا فسخ .

أما الأئمة الثلاثة (مالك وإبن حنبل والشافعى) ومعهم زفر وأبو يوسف والحسن بن زياد فيرون أنها فرقة بغير طلاق ، توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع ، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى حياتهما الزوجية بعدها أبداً ، حتى لو كذب الزوج نفسه أو صدقته الزوجة فيما رماها به ، أو خرج الزوج عن أهلية الشهادة ، وذلك لقوله ﷺ : المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ، ولأن اللعان قد وجد وهذا هو السبب فى التفريق ، وتكذيب الزوج نفسه أو تصديق الزوجة له لا ينفى وجود السبب ، وإذا وجد السبب وجد المسبب وهو الحكم .

وإذا كان اللعان بنفى الولد ، ينفى القاضى نسب الولد ، ويلحقه بأمه ، لأن المقصود بهذا اللعان نفى الولد .

وقد نفى النبى ﷺ ولد إمراة هلال والحقه بأمه .

ويثبت نفى الولد ضمناً للقضاء بالتفريق .

وفصائل الدم أربعة ، ويصح أن يكون إثنان منهما من فصيلة واحدة ولا ينتسب أحدهما للآخر - وقد قرر الأطباء الشرعيون أنهما لو كانا من فصيلة واحدة ، فإن ذلك لا يفيد القطع بانتساب أحدهما للآخر ، ولو كانا من فصيلتين مختلفتين ، فإن ذلك يقطع بأنهما لا ينتسب أحدهما للآخر ، فتشابه فصائل الدم غير قطعى فى الدلالة وتحليل الدم شبهة تحتاج إلى دليل بصحة الفرائش .

عدم الاعتراف بالبينة لا يفيد ما دام الفرائش قائماً والمدة تحتمل الحمل والوضع (١) .

والإقرار ببينة الولد فى معاشرة غير صحيحة لا تثبت به البينة إلا لمن

(١) مصر الشرعية - جلسة ١٩/٤/١٩٤٨ - الحاملة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٧٨١ - ص ٧٨١ .

كان زوجاً لأمه وقت الحمل به وولادته لأن الولد للفراش ، ولأن النهى عن سماع دعوى نسب ولد زوجة أمت به بعد سنة من غياب الزوج عنها عند الإنكار الذى تقضى به المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يفيد حكماً ينفى النسب عن الزوج أو ثبوته من شخص آخر خلاف الزوج وإن كان قد منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والإحتيال^(١) .

التشبه فى العقد يثبت بها النسب ويسقط الحد ، فلو عقد على مطلقة طلاقاً مكسلاً للثلاث قبل أن تنكح زوجاً ويدخل بها وأتت منه بولد ، ثبت نسبه منه^(٢) .

المستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة إلا فى التقيد بالتاريخ الثابت به ، والولد للفراش ، فمتى ثبتت الزوجية والطلاق وجاء بالولد لأقل من سنة من تاريخ الطلاق ، كان الولد ثابت النسب لصاحب الفراش^(٣) .

أساس الأخذ بقاعدة (الولد للفراش) ولادة الزوجة أو المطلقة له ثبوت إمكان العلوق به من الزوج فى زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ولا يزيد على سنة من تاريخ الطلاق^(٤) .

لا يثبت النسب إلا إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . سكوت المطلق عن نفى النسب عن ولادة مطلقة وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسمياً منسوباً إليه فى حكم الإقرار بالنسب بعد ذلك لا يكفى مجرد إنكار النسب، بل لابد من إتخاذ إجراءات نفية فى حينه^(٥) .

(١) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٩/٢٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ١٠ و ٩ - ص ٥٠٢ .

(٢) اللبان الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٥/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢٠١ - ص ٨٤ .

(٣) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٩٠٨ - ص ٤٣٧ .

(٤) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٩٠٨ - ص ٢٨١ .

(٥) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٢٠١ - ص ١٠١ .

جاء في (الفتاوى الهندية - جزء ١ - ص ٤٨١) ما نصه : لو زنا بإمرأة فحملت ، ثم تزوجها ، فولدت ، إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ، ثبت نسبه ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه إلا أن يدعيه ولم يقل أنه من الزنا ، أما إن قال من الزنا فلا يثبت نسبه منه ولا يرث فيه^(١) .

وقد قضى^(٢) بأن مؤدى نص المادة ٢٢٤ من الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية أن يشترط لإجراء الملائعة علاوة على قيام الزوجية أن يأتي المولود لتمام ستة أشهر في القليل من تاريخ عقد النكاح .

الأصول الشرعية في المرتد :

٢١٠- تصورت الأصول الشرعية أنه بعد أن يسلم الزوج الذمي أو الزوجة الذمية أو هما معاً ، أن يرتد^(٣) عن الدين الإسلامي ، فوضعت لذلك أحكاماً ، يعينها منها في هذا اللقاع ما تعلق منها بالولاية على النفس ، فإن إرتد الزوج وقعت الفرقة بينه وبين زوجته في الحال بلا توقف على قضاء القاضي ، لأن الردة تمنع النكاح ابتداءً ، فكنا تمنعه بقاء ، بمعنى أن المرتد ليس له أن يتزوج ولو كانت من يريد تزوجها متدينة بغير دين الإسلام . وحكم إرتداد الزوجة كحكم إرتداد الزوج ، لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما ، وما إنتقلا إليه لا يقران عليه - والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق ، سواء أكانت الردة من جانب الزوج أو الزوجة .

ولقد لخص المرحوم محمد قدرى باشا في كتابه (مرشد الحيران)

(١) الوابلي الشرعية - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٩ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٨٧ - ص ٤٦٠ .

(٢) إستئناف المنصورة - جلسة ١٩٦٢/٢/٢ - للمجموعة الرسمية - السنة ٦٠ - العدد ٢ - ص ٦٥٢ .

(٣) يراجع في أحكام المرتد : شرح الأحكام الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبياني - جزء ١ - طبعة ٧ - ١٩١١ - ص ٤٢١ وما بعدها ، وفتاوى شرعية - للشيخ محمد مخلوف - جزء ٢ - طبعة ٢ - ١٩٦٥ ، ص ١١ وما بعدها ، والحاماة الشرعية ، ويحث : تغيير الطائفة أو الملة - للمكتور عبد الناصر توفيق العطار - الجزء ٧ - الحاماة - السنة ٤٨ - العدد ٧ - ص ٢٥ وما بعدها .

أحكام الردة فى المصاد ٢٠٢ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ و ٢٠٧ و ٢٠٨ و ٢٠٩
فيماء ىلى:

إناء إرتد أأء الزوءىن عن الإسلام إنفسخ النكاح ووقعت الفقرة بىنهما
فى الحال بلا توقف على القضاء وءهء الفقرة فسخ لا تنقص عدد الطلاق .

الحرمة بالردة ترتفع بإرتفاع السبب الذى لأءئها ، فإناء جءء للردء
إسلامه أاز له أن يءءء النكاح والمرأة فى العءة أو بعءها من غير محلل
وتجبر المرأة على الإسلام وتءءءء النكاح بمهر يسىر ما لم يكن طلقها ثلاثاً
وهى فى العءة وهى بءىار الإسلام ، فى هءه الصور ، تصرم علىه حرمة
مفياها بنكاح زوج أءر .

إناء إرتد الزوجان معاً أو على التءاقب ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما
كذلك ، بىقى النكاح قائماً بىنهما . وإنما يفسء إناء أسلم أءءهما قبل الأءر .

إناء وقعت الردة بعءءءء بالمرأة حقىقة أو حكماً فلها كامل مهرها
سواء وقعت الردة منها أو من زوجها .

إناء وقعت الردة قبلءءءء ، فإن كانت من قبل الزوج فلها نصف
المهر المسمى أو المءعة إن لم يكن مهر مسمى ، وإن كانت من قبلها فلا
شء لها من المهر ولا من المءعة .

إناء مات المرءء فى عءة المرأة المسلمة فإنها ترءه ، سواء إرتء فى حال
صءته أو فى مرض موءه ، لأنه يعءبر قادراً (١) .

فالرجل المسلم الذى يسعى إلى تنصىر بنائه المسلماء تبعاً لءىن أمهن
الذمىة فى مرءبة فوق مرءبة من إستخف بالشرع ومرءبة من فضل
النصرانىة على الىهوءىة والمجوسىة فى النظر الفقى لأن قلب بىنه وءىن
أولاءه وإءءار المسىءىة لهن بدلاً من الإسلام فهو مرءء يجب قءله وءىر

(١) مصر الكلىة الشرعىة - ءلسة ١٦/٤/١٩٤٨ - للحاماة الشرعىة - السنة ١٩ -
ص ٢١٨ ، وفتح القءىر والءهلىة والءنابىة - ءزة ٤ - ص ٢٨٢ ، وءزة ٤ - ص ٢٩٢ .
وءزة ٢ - ص ١٥١ .

أمين على اولاده ومفسد يجب نزع اولاده منه وسلب ولاية حفظه عنه (١) .

ومن نشأ مسيحياً ثم أسلم ثم إرتد عن دين الإسلام ثم ادعى الإسلام بعد ذلك أمام القضاء ليضم أولاده لا يصدق في دعواه (٢) .

ومن قرر بعد إسلامه أنه على غير دين الإسلام كان مرتدك شرعاً ، لأنه خرج على الدين وأصبح خطراً على النظام العام ، فينزع منه أولاده إن كانوا معه وإذا طلب ضم أولاده إليه لا يجاب إلى طلبه (٣) .

ولا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان في كفره إختلاف ولو رواية ضعيفة ، ولا تمنع لردة الزوجة المسلمة حقها في الإرث ، بل هي مقتضية للإرث شرعاً . وإن المسلم إذا أوقف وقفاً ثم إرتد بطل وقفه (٤) .

والتوبة - من الردة - لا تتم في الشريعة الإسلامية إلا بأمور أولها الإعتراف بالذنب والإقلاع عنه والرجوع إلى الله في طلب العفو والتكلم على الفعلة والداب على الإستغفار وعدم العود لمثلها والتبرؤ مما صار به مرتدك وعلى غير دين الإسلام . إن قول المرتد (اللهم إني كنت فعلت كذا ، فإني تائب) ، ليس توبة بالمعنى الصحيح بإصراره على الخطيئة وإنكاره للذنب ، ذلك أن التوبة التي يقصد بها إلى جر مغنم أو دفع مغرم أو حوار قضائي لا تكون توبة ويبقى للردت على رده وعصيانه . إن إستقابة المرتدين محل خلاف بين الأئمة جميعاً ، والفتوى على أنها ثلاثا ليتوب ، وإلا بق عنقه (٥) .

(١) شبرا الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٥/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٨ - ص ٢٢٨ .

(٢) شبرا الشرعية - جلسة ١٩٤٠/٥/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ١١ - العدد ٨ - ص ١٢٨ .

(٣) أبو تيج الشرعية - جلسة ١٩٤٦/٥/١٢ - والمحاماة الشرعية ، السنة ١٧ ، العدد ٨ ، ص ٤٢٩ .

(٤) العليا الشرعية - جلسة - ١٩٤٦/٦/١٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٨ - ص ١٠٥ .

(٥) العطارين الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٥/١٥ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ ، العدد ٩ ، ص ٥٢٥ .

الرجل والمرأة في أحكام الميراث سواء ، فلا تراث المرتدة أخاها المسلم متى ثبت بقاؤها على دينها ، ولا يورث في ذلك إعتراف الوارث لها بالميراث في محضر الحانوتي إذا لم يعترف بعودتها إلى الإسلام (١) .

إن المسلم إذا خرج عن إسلامه كان مرتكاً ، تجرى عليه أحكام المرتدين ولا يقر على دين سواء ، إن غير المسلم لا يرث مسلماً ولا مرتكاً ، وإن مناط الإسلام الإعتقاد الظاهري (٢) .

هل يعد البهائي مرتكاً ؟

٢١٠ مكرر - تجدر الإشارة إلى نبذة عن مذهب البهائية ليتبين منها ما إذا كان معتنقه مرتكاً عن الدين الإسلامي أم لا ، فيؤخذ عن كثير من كتبهم التي شرحت قواعد مذهبهم ودعت إليه أنهم حولوا القبلة وجعلوها شطر عكا الذي جعله الله مكان الملأ الأعلى ، ويصلون الصلاة تسع ركعات ، وجعلوها على الميت ست تكبيرات ، وأبطلوا التيمم ، وإن لم يجد الماء يذكر اسم الله الأطهر خمس مرات ثم يشرع في الصلاة ، وأبطلوا جميع الحدود الواردة في القرآن ، وأبطلوا صلاة الجماعة ، وأبطلوا الحج إلى مكة وأوجبوه إلى عكا وعلى الرجال دون النساء ، وحرموا الزواج بأكثر من إثنين ، وجعلوا للصيام تسعة عشر يوماً من ٢ مارس إلى ٢٠ منه وهو آخر فصل الشتاء ، وجعلوا عيد الغدير لهم عيداً ، والصوم من شروق الشمس إلى غروبها ، وجعلوا عقاب الزاني والزانية دية لا حداً ولا رجماً ، وعقاب السارق الفقير ، وإن عاد إلى السرقة فعقابه الحبس ، وإن عاد جعلت عليه علامة يعرف بها أنه سارق . هذا بعض ما جاء بكتبهم ، ولا ريب إن اعتقاد جزئية واحدة من هذه الجزئيات كاف في ردة المسلم ، وأنه مارق عن الدين الإسلامي فتطبق أحكام المرتد عليه .

أما بيان حكم ملكية البهائي ، فقد نص الفقهاء على أنه يزول ملك

(١) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٠/٥/٢٠ ، للمحكمة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٢ ، ص ١٩٥ .

(٢) الرقائيق الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٩/٢٨ ، للمحكمة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٤ ، ص ٢٧٠ .

المرتد عن ماله زوالاً موقوتاً وإن تاب وعاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه ، وإن مات أو قتل على ردة ، فماله الذي كسبه حال إسلامه فلوارثه المسلم ، وأما ماله الذي كسبه بعد ردة فهو تبرع لا يورث ويكون لبيت المال (١) .

ردة الرجل فرقة بغير طلاق (فسخ) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد فرقة بطلان ، وهي بالإجماع تحصل بنفس الردة فتثبت في الحال وتقع بغير قضاء القاضي سواء أكانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، فإن كانت الردة بعد الدخول فللزوجة المهر والنفقة إلى وقوع الفرقة ونفقة العدة ما نامت فيها (٢) .

الردة - وهي الرجوع عن دين الإسلام - من موانع الإرث ، وإجماع الفقهاء على أن المرتد لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ، ولا يغير من هذا النظر خلق قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من النص على حكم إرث المرتد من غيره وارث غيره منه ، إذ أن هذا القانون لم يتضمن جميع المسائل المتعلقة بالمواريث ، بل أحال فيما لم ينص عليه منها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهو ما لا يجوز معه القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم في هذه المسائل ، ومنها إرث المرتد من غيره ، إنما أراد به الشارح أن يخالف نصاً في القرآن أو السنة الصحيحة أو حكماً إتفق عليه فقهاء المسلمين (٣) .

(١) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٦/٢٠ ، للحامدة الشرعية ، السنة ٢٥ ، العدد ٤ ، ص ٢٤١ ، ومحافضة سيناء ، جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤ ، المرجع السابق السنة ١٦ ، العدد ٢ ، ص ٧٧ ، ويراجع حكم المحكمة العليا الصادر بجلسته ١٩٧٥/٢/١ في القضية رقم ٧ لسنة ٢ القضائية (دستورية) برفض الدعوى بعدم دستورية القرار بالقانون ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ بحل المحافل البهائية وتجريم مخالفة أحكامه .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٩ - مجموعة للكتب الفنى ، السنة ١٩ ، مدنى وأهوال ، ص ١٠٢٤ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى وأحوال ، ص ١٧٤ وما بعدها .

ثانياً - دعوى الطلاق والخلع والبرائة:

٢١٠ مكرر (١) - للطلاق اقسام متعددة ، نخص منها بالبحث هنا الأقسام التي لها صلة بالحياة العملية ، وهي :

الطلاق النجز ، والمضاف ، والملحق ، والطلاق البائن والمكمل للثلاث ، والرجعى .

ويعني هنا أيضاً - بعد أن نبين أنواع الطلاق (اقسامه) وأحكام كل نوع فى إيجاز واف - أن نخص بتفصيل الطلاق الرجعى وأحكامه وآثاره ، لما له من أهمية عملية بالغة ، ثم نتكلم بعد ذلك فى العدة .

طبيعة الطلاق وضرورته :

٢١١ - الزواج ضرورة إجتماعية لبقاء النوع الإنسانى ، وبه تتكون الأسر والعشائر والشعوب وليتعارف بعضهم ببعض .

إن الطلاق وإن كان أبغض الحلال عند الله ضرورة إجتماعية أيضاً لما قد يطرأ على رابطة الزواج مما يهدد كيانه ويفقدها أسمى معانيها ، وإنما جعل بيد الرجل ، لأن المرأة قصيرة النظر سريعة الإنفعال والتأثر ، فهى تخضع لعواطفها غالباً دون عقلها ، وهذا هو الأعم الأغلب فى النساء ، والأحكام إنما تبنى غالباً على مظانها الكلية دون الجزئيات (١) ، فلا يقضى بإثبات إسناد الطلاق إلى زمن ماض بتحصانق للمتداعين عليه ، بل يحكم بوقوع الطلاق مستنداً إلى وقت الإقرار به وهو يوم الحكم (٢) .

ولا يقع طلاق المكره والسكران ، عملاً بنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للمأخوذ من مذاهب الشافعية والمالكية والحنابلة وكثير من الصحابة .

(1) - The religion of Islam by Ahmed A. Galwash, 1940

- La Repudiation dans le droit positif de l'Islam, thèse, pour Doc .
Moustafa El Rafi. Paris, 1950.

- Étude de Droit Musulman Algerien, Alger, par Marcel Morand, 1970.

(٢) الأقصر الشرعية - جلسة ١٨/٢/١٩٢٤ ، للحامدة الشرعية ، ٢٧٤ ، السنة ٦ ، ص ٩٧٩ .

وكما يكون الإكراه ماديًا (كالتهديد بالقتل أو إتلاف عضو من أعضاء الجسم) ، فإنه يكون أدبيًا (كالتهديد بنشر فضيحة أو بغضض سر) وتقدير إعتبار المطلق مكرهاً متروك لتقدير المحكمة .

أما بالنسبة لطلاق الغاضب ، فإن علماء الشريعة الإسلامية يقسمون الغضب إلى ثلاثة أنواع : النوع الأول - هو أن يحصل للإنسان مبادئ الغضب . بحيث لا يتغير عقله ، ويكون مسيطراً على أقواله وأفعاله - وهذا النوع يقع الطلاق فيه .

أما النوع الثاني - فهو أن يبلغ بالإنسان الغضب نهايته ، فيفقد سيطرته على نفسه ، فلا يدري بما يقول أو يفعل ، وفي هذه الحالة يعتبر كالمجنون لا يقع طلاقه .

أما النوع الثالث - فيكون الغضب وسطاً بين الحالتين السابقتين - وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن كانت تلك حالته ، فمنهم من يقول بوقوع طلاقه ، ومنهم من يرى عدم وقوع طلاقه . ولما كان المذهب الرسمي في جمهورية مصر هو المذهب الحنفي ، فإنه من المتعين إتباع الراجح في هذا المذهب ، والراجح فيه هو أن الغاضب الذي يخرج غرضه عن طبيعته وعاداته ، بحيث يقلب الهذيان على أقواله وأفعاله ، لا يقع طلاقه ، وإن كان يعلم ما يقول ويقصد ، لأنه يكون كالمجنون ، والمجنون لا يلزم أن يكون دائماً في حالة يدري معها ما يقول ويفعل (١) .

حكم النشوز لا يمنع من القططيق :

المقرر شرعاً أن الحكم بالنشوز لا يمنع الزوجة من طلب القططيق إذا توافرت أسبابه . وقد تواترت أحكام المحاكم على أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين واستحكم الخلاف بينهما ، وترددت الدعاوى العديدة التي أقامها ، فإن ذلك يشكل إضراراً بالزوجة ، ويكشف عن أن العلاقة الزوجية بينهما

(١) الوجيز لأحكام الأسر في الإسلام - للشيخ محمد سلام المذكور - طبعة ١٩٧٥ -

ص ٢٤٦ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البربريسى - طبعة ١٩٦٥ -

ص ٢٤٥ .

قد أصابها خلل وتصدع لا سبيل لإصلاحه ، وإن من الخير لهما في أن يتفرقا .

المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق:

٢١٢- ومما تجدر الإشارة إليه أن الإختصاص بنظر دعوى الطلاق (١) والفرقة بجميع أسبابها الشرعية والخلع والمباراة كان منعقداً للمحكمة الجزئية (الشرعية) قبل عام ١٩٤٤ ، وكان حكمها في هذه الدعاوى قابلاً للإستئناف دائماً عملاً بالمادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، حيث تقول في فقرتها الأولى : « تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد الآتية... ».

فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية نص صراحة في المادة ٨ منه على أن تختص المحكمة الابتدائية دائماً بدعاوى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها .

ولقد وردت أحكام الطلاق في كل من اللائحة الشرعية ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول بأحكامهما والذين لم يلغهما القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م ١٢) .

الطلاق لا يطعن عليه بالصورة ولا يوصف بها ، لأن المنصوص عليه شرعاً أن هؤلاء جد (٢) .

إذا طلق المسيحي زوجته المسيحية وجبت لها النفقة ما دامت في العدة وليس في ذلك خلاف بين الإمام وصاحبيه - إن مغزى قول أبي حنيفة أن مطلقة الذمي تبين لا إلى عدة ، هو أن يجوز للمسلم أو الذمي أن يتزوجها

(١) يراجع في الطلاق : نظام الطلاق في الإسلام ، للشيخ أحمد محمد شاکر ، الحاماة الشرعية ، السنة ٨ ، العدد ٢١ و٢٢ ، ص ١٠ وما بعدها ، ومشروع قانون تنفيذ الطلاق ، للشيخ محمد أبو زهرة ، مجلة القانون والإقتصاد ، السنة ١٥ ، العدد ٢١ و٢٢ وما بعدها ، والمراجع العديدة المثبتة في هوامش الصفحات اللاحقة .

(٢) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٧/١٧/١٩٥٣ ، السنة ٢٥ ، العدد ٤ ، ص ٢٤١ .

فور طلاقها ، وليس معناه عدم وجوب النفقة لها ما دامت في العدة - لا منافاة بين القول بوجوب النفقة لها ما دامت معتدة وبين جواز تزوج الغير منها فور طلاقها (١) .

العبارة الدالة بلفظها الصحيح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هـ أو أهل لإيقاع الطلاق وصانفت محلاً ، يقع بها الطلاق فور صدورهما ، ويكون طلاقاً مستقلاً قائماً بذاته ، ولا يغير من ذلك ما إقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق ، إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفوري المترتب عليها شرعاً (٢) .

ما الحكم إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً بعبارة واحدة ؟

٢١٢ - مكرر - فيه خلاف بين الفقهاء (٣) .

فقد ذهب الأئمة الأربعة - إلى أن الطلاق يقع ثلاثاً - وهو منقول عن كثير من الصحابة كعمر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب ، وأبي هريرة وغيرهم .

وكانت المحاكم - في الإقليم المصري - حتى عام ١٩٢٩ تذهب إلى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات ، إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجرى قضاء المحاكم على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة ، أخذاً بنص المادة ٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تقول : « الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة » (٤) .

(١) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤٧/١/٩ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ ، العدد ٧ ، ص ٣٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/٧ ، مجموعة للمكتب الفني ، السنة ٢٠ ، العدد ٢ ، ص ٧٥١ وما بعدها .

(٣) يراجع في حجج العلماء : الأحوال الشخصية - الشيخ البرديسي - ص ٣٦٤ وما بعدها .

(٤) إن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ليتحرى الزوج والزوجة ترويض النفس على الطهر والإحتمال (نقض - جلسة ١٩٦٠/٦/٢٢ ، مجموعة للمكتب الفني ، السنة ١١ ، العدد ٢ ص ٣٧١ ، وبمياط الإبتنائية - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٧ ، القضية ٢١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلي) -

قول المطلق بعد إيقاع الطلاق المجرد أنه مكمل للثلاث من قبيل إقتران الطلاق بالعدد لفظاً أو إشارة فلا يقع إلا واحداً طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (١) .

لا عبيرة بما يقرره المطلق في إشهاد الطلاق من حصول الطلاق قبل الدخول والمعاشرة لأن ذلك من إملائه ما لم تكن المطلقه حاضرة مجلس الطلاق . فإذا إتفق الزوجان على حصول العقد في تاريخ معين ثم ادعت الزوجة عقد قبل هذا التاريخ، يسمع قولها وعليها البينة طبقاً لما نص عليه الفقهاء (٢) .

الطلاق المنجز ، والمضاف والمعلق :

٢١٣- فالطلاق للمنجز (٣) - هو ما خلت صيغته من الإضافة إلى زمن مستقبل والتعليق على حصول أمر في المستقبل - يقع به الطلاق في الحال ويترتب أثره عليه بمجرد صدوره متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً لوقوعه .

والطلاق المضاف - هو ما كانت صيغته مقرونة بوقت مستقبل يقصد للمطلق إيقاع الطلاق عند حلوله - يقع عند مجيء الوقت ما دام المطلق أهلاً والمرأة محلاً له .

والطلاق المعلق - هو ما ترتب وقوعه على أمر في المستقبل (كان يقول : إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، وإن سافرت إلى بلدتك فأنت طالق) ، وذلك باستعمال أدوات الشرط (إن - إنا - متى) .

والطلاق المعلق - هو ما ترتب وقوعه على أمر في المستقبل (كان

(١) كرموز الشرعية - جلسة ١٧/٥/١٩٥١ ، للحامدة الشرعية ، السنة ٢٤ ، العدد ٧ ، ص ٤١٥ .

(٢) تلا الشرعية - جلسة ٢٨/٤/١٩٥٢ - للحامدة الشرعية ، السنة ٢٥ ، العدد ١ ، ص ٩١ .

(٣) راجع في اتسام الطلاق المنجز والمضاف والمعلق : الزواج والطلاق في الإسلام - للأستاذ زكي الدين شعبان - ص ١٠٨ وما بعدها .

يقول : على الطلاق لأعلن ...) وفيه لم تذكر أداة الشرط صراحة ولكنها
مذكورة في المعنى ومقصود منها بحسب العرف لزوم الطلاق ووقوعه إذا
لم يقع الحلو عليه ويسميه الفقهاء : يمينا ، لأنه مثله يفيد الحمل على
الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (١) .

وتجتمع المذاهب الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين على وقوع الطلاق
عند حصول المطلق عليه سواء أكان من أفعال الزوج أو الزوجة أو غيرهما ،
وسواء أقصد به الزوج الحمل على شيء أو تركه أو لم يقصد ذلك ، وسواء
سمى التعليق يمينا أم لا .

واستدلوا على وقوع الطلاق بما يلي :

(١) أن نصوص الطلاق وردت مطلقة غير مقيدة بنوع معين دون
آخر ، والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يرد دليل بتقييده .

(٢) أن تعليق الطلاق وقع في عصر الصحابة والتابعين بلا خلاف .

(٣) أن الطلاق إنما شرع للحاجة ، وقد تدعو الحاجة إلى إصلاح
الزوجة بتعليق الطلاق كي تمتنع عن إتيان ما يكره الزوج وتفعل ما يحب
فتحسن العشرة (٢) .

(١) ويرى استاذنا الشيخ زكريا البرديسي أن الطلاق المعلق ليس يمينا لا شرعاً ولا
لغة وإطلاق إسم اليمين عليه على سبيل المجاز ، فينبغي ألا يأخذ حكم الآخر هو
وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ، فإن لم يحصل لا يقع الطلاق ولا تجب فيه
الكفارة أصلاً (الأحوال الشخصية، ص ٤٠٢) .

(٢) كانت المحاكم في الإقليم المصري حتى عام ١٩٢٩ تنهض إلى وقوع الطلاق عملاً
برأي الجمهور ، فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي أخذ برأي ابن تيمية
وتلميذه ابن القيم حين نص في المادة الثانية منه على أنه : (لا يقع الطلاق غير
المنجز إذا قصد به الحمل على فعل الشيء أو تركه لا غير) ، أخذت المحاكم به ،
ويخلص رأي ابن تيمية وتلميذه في أن الطلاق المعلق إن كان قسمياً يقصد به
الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزى فيه كفارة اليمين
إن حدث ، وإن كان شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن
الطلاق يقع . ويعقب استاذنا الشيخ البرديسي على هذه المادة بأن تطبيقها يرجع
إلى أحد التكلم . وتفسير قصده مرجعه فيه إليه إن لم تكن هناك قرينة حال
شاهدة (يراجع في تفصيل رأيه في تطبيق هذه المادة : الأحوال الشخصية -
ص ٤٠٤ وما بعدها) .

تفويض الطلاق إلى الزوجة :

٢١٣ مكر - تفويض الزوج الطلاق إلى زوجته هو أن يقيمها مقامه في إيقاع الطلاق ، لأنه صاحب الحق فيه يملك أن يتولاه بنفسه ويملك أن يقيم غيره فيه مقامه .

والفرق بين التوكيل في الزواج والتفويض فيه :

(١) أن الوكيل يعمل بإرادة الموكل ، أما المفوض فيعمل بإرادة نفسه .
(٢) أن للزوج أن يعزل الوكيل في أي وقت شاء ، أما المفوض فلا يملك الزوج عزله .

(٣) أن ليس معنى التفويض أن ملكية الزوج للطلاق قد زالت ، بل كل ما في الأمر أنه اشرك معه فيما يملك من تصرف .

(٤) الوكيل بالطلاق له أن يتولى ما وكل فيه في المجلس ويعدده . أما المفوض فإنه يتقيد بمجلس التفويض ما لم تكن صيغته عامة لكل الأوقات « طلقى نفسك متى شئت » . والطلاق الواقع بالتفويض يكون رجعيًا ، إلا إذا كان قبل الدخول أو مكملًا للثلاث أو كان على مال « م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

ومشروعية تفويض الطلاق إلى المرأة ثابتة بالكتاب وأجازه جمهور الفقهاء كذلك ، وخالفهم الظاهرية لأنه تمليك الطلاق للمرأة وهو بيد الرجل عملاً بقوله ﷺ : الطلاق لمن أخذ بالساق ولا يغير أحدكم حكم الشرع .

قال تعالى : « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحاً جميلاً ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكم أجراً عظيماً » فقد فوضهن الرسول في أمر قيام الزوجية وعدم قيامها (١) .

ويكون التفويض بالطلاق مقيداً بزمان معين (كان يقول ، إختارى نفسك أو أمرك بيك مدة شهر) وقد يكون مشتملاً على ما يدل على

(١) الأحوال الشخصية - لأستاذنا محمد زكريا البرنيسى ، ص ٧٠٤ وما بعده .

التعميم في جميع الأزمان (كان يقول : إختارى نفسك أو أمرك بيدك متى شئت أو في أى وقت شئت) ، وتفويض الزوج يقع في الطلاق رجعيًا فقهاً وقانوناً ، ويصير بائناً بتكراره (١) .

وتفويض الطلاق إلى الزوجة يصح عند الحنفية أن يكون مقارناً لإنشاء العقد كما يصح أن يكون بعد العقد وفي أثناء قيام الزوجية .
إن الزوجة قد ملكت بهذا التفويض طلاق نفسها إذا شاءت وجعلت العصمة بيدها .

الطلاق على المال ، والخلع (٢) :

٢١٤- قد تبغض الزوجة زوجها ، ولا تريد عشرته وتخاف إن هي استمرت في معاشرته ألا تتمكن من إقامة حدود الله ، وقد يتمسك بها الزوج لرغبته فيها أو لحرصه على ما أنفق من مال في سبيل الزواج بها ، فشرع الله طريق الخلاص في هذه الحالة دفعاً للحرج والضرر ، بأن تتنازل الزوجة لزوجها عن جميع مالها أو أن تقدم للزوج شيئاً من المال بأن يتراضيان عليه ويطلقها نظير ذلك قال تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما كتبتوهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » (الآية ٢٢٩ سورة البقرة) (٣) .

الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين ، وإن كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما يتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق ، وقد خلت مما يفيد إيقاع الزوج يمين الطلاق على زوجته

(١) القاهرة الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٩/٢٩ - للحامدة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ١٢٥١ - ص ٢٠١ .

(٢) راجع التعليق على الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ص ٧٧ وما بعدها من هذا المؤلف .

(٣) الزواج والطلاق ، للأستاذ محمد جواد مغنية ، ص ١٥٦ حتى ١٦٢ ، والأحوال الشخصية ، للأستاذ محمد زكريا البرديسي ، ص ٤١٥ وما بعدها .

مقابل هذا العوض ، فإن هذه العبارة بمجردها لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجة يعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق ، لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه ، وبالتالي لا يترتب عليها اثره المقرر شرعاً .

الطلاق البائن بينونة صغرى ، يستوى مع الطلاق البائن بينونة كبرى فى المنع من الميراث شرعاً (١) .

وروى إن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبي ﷺ فقالت :

يا رسول الله ما أعتب على ثابت فى خلق ولا دين ولكنى لا أطيقه بغضاً وأكره الكفر فى الإسلام . وكان ثابت قد أسدقها حديقة . فقال لها النبي عليه الصلاة والسلام : « أتريدين عليه حديقته التى أعطاك ؟ » فقالت : نعم وزيادة . فقال النبي « أما الزيادة فلا » .

٢١٥- والطلاق الذى يقع بالخلع هو طلاق بائن ، فقد شرعه الله للإفتداء ولو كان رجعيًا لم يحصل الغرض الذى شرع من أجله ، لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك . إذ يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت فى العدة رضيت أم كرهت فلا تحصل على مقصودها إلا بالذى يزيل الملك وهو الطلاق البائن - وعلى ذلك قضاء المحاكم بالإقليم المصرى (م) فى ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - قال ﷺ : « الخلع تطليقة بائنة » .

والفرق بين الخلع والطلاق على مال (عند من يقولون بإختلافهما) :

١- أن الخلع لا يكون إلا بلفظ الخلع أو ما فى معناه (كالإبراء - والإفتداء - والبيع - والشراء) - أما الطلاق على مال سواء بلفظ من الألفاظ الصريحة فى الطلاق أو الكتابية لا يسمى خلعاً ولا تترتب عليه آثاره .

بينما يقول الشافعية أن الخلع والطلاق إسمين لشيء واحد هو الفرقة فى مقابل ما تعطيه الزوجة لزوجها .

(١) نقض ، جلسة ١٣/١١/١٩٦٢ ، الطعن رقم ٩ لسنة ٥٩ القضائية ، الحاملة السنة ٤٥ ، العددان ٦٠٥ - ٦٠١ .

٢- أنه يلزم قبول المرأة في الخلع والطلاق على مال ، لأنه معاوضة من جانبها .

٣- أنه إذا قبلت الزوجة نفع البذل وقع الطلاق بائناً سواء في ذلك الخلع والطلاق على مال .

٤- أن الخلع يسقط - عند أبي حنيفة - كل حق مالى ثابت مما يتعلق بالزواج الذي وقع فيه ، ولا يسقط هذا الحق عند الصحابين - أما الطلاق على مال فلا يسقط هذا الحق بالإتفاق بين الإمام وصاحبيه .

٥- أنه إذا بطل البذل في الخلع بأن كان خمرراً أو خنزيراً وقع الطلاق بائناً - أما إذا بطل البذل في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيًا .

أصول شرعية في الطلاق :

٢١٥ مكرر - (١) المقرر أن الطلاق المتتابع الذي يلقيه الزوج (في الشرفه) دفعة واحدة ، لا يقع إلا طلاقاً واحدة رجعية ، فإذا إستمرت الزوجية بحالة طبيعية مدة طويلة ، عد ذلك مراجعة ، لأن مراجعة الزوج لزوجته كما تكون بالقول تكون بالفعل ، وهي تثبت بشهادة الشهود .

(٢) للزوجة أن تطلب الطلاق ويحكم لها به متى ثبت الضرر ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، لما هو مقرر شرعاً من أنه لا ضرر ولا ضرار ، وأن إساءة الزوج إلى زوجته وإضرارها بالقول أو بالفعل وإستحالة الحياة بينهما بسببه ، يسوغ الحكم بالطلاق .

(٣) إتهام الزوج زوجته بأنها لم تكن عنراء وإذاعته على زملائه وزملائها في العمل (البنك) تسجيلات صوتية تكشف عما كان بينهما والأبواب مغلقة (في حجرة النوم) ، من شأنه أن ينال من عفتها ويسئ إلى سمعتها ويهدد كرامتها ويهبط بقدرها ويحط من منزلتها بين الناس ، وهذا النوع من الضرر يعتبر من الإيذاء المعنوي وهو أشد إبلاماً للنفس من الضرر المادي يوجب الحكم بالتطليق .

(٤) يجيز القانون العراقي للزوجة العراقية أن تطلب الطلاق إذا حكم على زوجها نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات فأكثر . على

حين يشترط القانون المصري أن تمضى سنة على سجن الزوج ، وأن تكون مدة عقوبته ثلاث سنوات .

(٥) يعتبر الحكم الصادر بالطلاق للمضّر طلاقاً بائناً وفيه لا يملك الزوج مراجعة زوجته السابقة لا قولاً ولا فعلاً . وإننا رغبا إستئناف حياة زوجية جديدة ، فإنه يتعين عليها إجراء عقد زواج جديد .

فإننا أقام المطلق بائناً دعوى مراجعة كانت دعواه غير مسموعة طبقاً لنص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٦) المقرر في الفقه أن الطلاق بعد الدخول يقع رجعيّاً ، ويملك الزوج مراجعة زوجته بإرادته المنفردة - دون الرجوع إليها - في مدة العدة وأقصاها ستون يوماً . أما الطلاق قبل الدخول أو الخلوة فهو طلاق بائن ، لا يملك الزوج مراجعة زوجته ، إلا بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها .

(٧) هجر الزوج زوجته أكثر من سنة مع الإقامة في بلد واحد ، وإيثاره زوجة أخرى ، من الأسباب الموجبة للتطليق حماية لها من الفتنة وصوناً لكرامتها .

(٨) برجوع الزوج الذي أسلم إلى ديانته صار مرتكباً ، وبردته إنفسخ عقد زواجه بالمسلمة ، ولكن يتعين رفع دعوى بفسخ عقد زواجه ، فلا يملك المرتد عقد زواجه بمسلمة ولا بغير مسلمة ولا مرتدة .

(٩) المقرر فقهاً أنه إذا إختلعت الزوجة في مرض موتها أو طلقها زوجها على مال، فإن ما إلتزمت به من عوض مقابل الطلاق يعتبر تبرعاً منجزاً فيأخذ حكم الوصية وينفذ في حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا بموافقة ورثتها لتعلق حقهم بأموالها منذ مرضها بمرض الموت .

غير أن علماء الحنفية - أصحاب المذهب المعمول به في قضاء الأحوال الشخصية - زادوا على ذلك القول بأنه إذا توفيت الزوجة التي خالفت زوجها في مرض الموت ، وهي فترة العدة ، فللزوجة الأتمل من : بدل الخلع ، ونصيبه في ترثتها ، وثلث تركتها . وما تبقى بعد ذلك يؤول إلى ورثتها .

(١٠) لزوجة المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فكأن أن تطلب تطليقها منه ، إذا أمضى سنة في الحبس ، سواء بدلت هذه

السنة من يوم القبض عليه لإرتكاب الجريمة المنسوبة إليه أو من يوم تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه طالما إستمر حبسه .

أهل الذمة والتفريق بين الزوجين منهم لإسلام الزوجة:

٢١٥ مكرر (٢) - للنصوص عليه شرعاً أنه إذا أسلمت الذمية وكان زوجها كافراً ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي إمرأته ، وإن أبى فرق القاضي بينهما ، وكان ذلك طلاقاً بائناً عند أبى حنيفة ومحمد (١) ، وذكر ابن الهمام (٢) : أن رجلاً من تغلب أسلمت إمرأته وهي نصرانية ، فرفعت إلى عمر ابن الخطاب فقال له : أسلم وإلا فرقت بينكما ، فأبى ففرق بينهما. وظهر حكمه بينهم ، ولم ينقل خلاف أحد له . وإذا إعترف المدعى عليه بالدعوى ما عدا إسلام المدعية ، وقد ثبت بالإشهاد الرسمي المقدم من المدعية أن الله قد هداها فإعتنقت دين الإسلام وإختارت لنفسها من الأسماء (فاطمة محمد) ، وإذا عرضت للحكمة الإسلام على المدعى عليه وهو بالغ يعقل الأديان ، فأبى وصرح بالإباء ، والنصوص عليه أنه متى صرح بالإباء فرق القاضي بينهما في الحال (٣) ، ذلك أنه لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج المسلمة ، لا إبتداء ولا بقاء لقوله تعالى : لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، وقوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا من حل لهم ولا هم حل لهن ، وأنه طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة يفرق القاضي عند إباء الإسلام بطلقة بائنة (٤) ، ومن ثم يتعين التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة (٥) .

(١) فتح القدير - جزء ٢ - ص ٥٠٦ ، والبحر - جزء ٢ - ص ٢١١ ، وتنقيح الحامدية - جزء ١ - ص ٦٥ ، والزيلعي - جزء ٢ - ص ١٧٤ .

(٢) فتح القدير - جزء ٢ - ص ٥٠٧ .

(٣) ديروط الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٨/٢٢ - للحامدة الشرعية - لسنة ٥ - العدد ٢٠١ - ص ١٥٥ .

(٤) شرح الهداية وحاشيتها - جزء ٢ - ص ٥٠٧ .

(٥) القاهرة الابتدائية - جلسة ١٩٥٦/١/٢٨ - للقضية ٥٢٠ - سنة ١٩٥٦ أحوال كلى - محيط الباءئ الحديث في الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد حلمي عبد العاطي - طبعة ١ - ١٩٥٧ ص ٢٨٠ .

وقد إستقر قضاء النقض ^(١) على أن المسلمة لا تتزوج إلا مسلماً ،
وزواج المسلمة بغير المسلم حرام بإتفاق ، لا يتمدّد أصلاً ، ولا يثبت منه
النسب ^(٢) .

والقانون الواجب التطبيق للتفريق بين مسلمة وغير مسلم هو
الشرعية الإسلامية هي التي تطبقه ، وحق الله هو المعبر عنه حديثاً بالنظام
العام . فإذا أسلمت الزوجة عرض الإسلام على الزوج ، فإن أسلم بقيت
الزوجية بينهما ، وإلا فرق القاضي بينهما ، لأنه لا يحل لغير المسلم أن
يفرش المسلمة ، ولا يصح شرعاً أن تبقى من أسلمت في عصمة زوجها
الذي أبى الإسلام ، ويكون التفريق بين من أسلمت وبين زوجها الذي أبى
الإسلام بطلقة بائنة ^(٣) .

الذمية إذا أسلمت وأبى زوجها الذمي عن الإسلام بعد عرضه عليه ،
فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة وهو ليس أهلاً للإيقاع بل أهل للوقوع
عليه ويطلق عليه القاضي نيابة عنه ويقع الطلاق بانئناً قبل الدخول أو بعده ،
والتفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ ، وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو
أسلم لا يملك عليها إلا طلقتين - وترتب على هذه البينونة آثارها ، لا يملك
الرجعة ، وتجب عليه نفقة عديتها ولو كان مدخولاً بها ، لأن المتع من

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - مدني
وأحوال - العدد ٢ - ص ٥٨٥ وما بعدها ، ويعلق المستشار محمد الدجوي على
إتجاه محكمة النقض هذا بأن المحكمة لعلها عجزت عن أن تقع على الرأي الراجح ،
وكثير من الفقهاء يعجزون عنه (الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ، نقلاً
وقضاء - طبعة ١ - ص ٣٥٥) .

(٢) نص الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم ، عرض عليه
الإسلام ، فإن أسلم فهي إمرأته ، وإلا فرق القاضي بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند
أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تكون الفرقة طلاقاً ، والتفريق يكون بطلقة
بائنة ، ويسقط العرض للضرورة إذا كان الزوج غائباً غيبة منقطعة (اللبان
الشرعية - جلسة ١٩٤٦/٤/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - العدد ١ -
ص ٥٨) .

(٣) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٢/١٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ -
العدد ٤ - ص ٢٢٠

الإستمتاع بها من جهته ، ولها كل المسمى فى هذه الحالة ، لأنه بإسلامها قد إلتزمت بأحكام الإسلام ، ومن حكمه وجوب العدة فى حالة الدخول أيضاً (١) .

على أن الزواج بمسيحية بعد إسلامها وقبل صدور حكم بالتفريق بينها وبين زوجها المسيحي غير صحيح طبقاً للنصوص الشرعية ، وعلى القاضي أن يأمر مثل هذين الزوجين بالتفريق (٢) .

أصول قضائية فى طلاق وتطليق الذميين :

(١) المقرر طبقاً لشرعية الأقباط الأرثوذكس أنه يفرق بين الزوجين إذا طالت الفقرة بينهما لثلاث سنوات على الأقل مع الكراهية وتعذر حياتهما معاً ، شريطة ألا يستفيد المتسبب فى الخلاف من خطئه .

(٢) إذا كان الثابت أنه حكم على الزوجة الذمية (المسيحية) بالحبس فى جريمة تعريض على الدعارة ، وإنها كانت تستأجر شقة فى إحدى ضواحي القاهرة تباشر فيها نشاطها ، كما قضى الحكم الجنائي بوضعها تحت مراقبة شرطة الأناب ، وكان الزوج يجهل حقيقة نشاطها الإجرامى بسبب سفره ، وتغييه فى عمله لفترات طويلة ، فإن هذا السلوك السىء يجيز - فى شرعية الأقباط الأرثوذكس - للزوج طلب الحكم بتطليق زوجته تلك .

(٣) المقرر فى التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس وفى سائر الشرائع المسيحية التى تأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، أنه يتعين أن يكون الذى يجيز لأحد الزوجين طلب الطلاق أن يكون المرض معدياً ويخشى منه على سلامة الآخر ، وأن يثبت أنه مريض غير قابل للشفاء ، بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط ، كانت الدعوى مستوجبة الرفض - إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن المرض الذى تعاني منه الزوجة غير القابل

(١) للنيا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٩/٢٠ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٨ - ص ٤٤٥ .

(٢) لسيوط الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١/٧ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ١ - ص ٩١ .

للشفاء ، لا يعدو أن يزيد في وزنها بشكل ملحوظ ويذهب بما كانت تتمتع به خلال سنوات الزواج الأولى من رشاقة ، وهو مرض غير معدٍ ولا يخشى منه على سلامة الزوج ، فإن طلب الأخير طلاق زوجته يكون على غير أساس .

(٤) المقرر وفقاً لأحكام الشريعة الإنجيلية أن التطابق يكون في حالتين: إذا زنا أحد الزوجين وطلب الطرف الآخر التطليق ، وإذا إعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الطرف الآخر التطليق - إذ كان ذلك فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب انفصال الزوجين مهما طالّت مدة الفقرة ما لم تتوافر إحدى الحالتين السابقتين .

(٥) المقرر طبقاً لشريعة الأقباط الأرثوذكس وجميع الشرائع المسيحية أنها لا تعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، وهي كذلك لا تعترف بتراضى الزوجين وإتفاقيهما على الطلاق ، إستناداً إلى ما هو مقرر في هذه الشريعة من أن الزواج نظام قانوني وليس عقداً يخضع للمفسخ والإنحلال بإرادة الزوجين أو إرادة أحدهما ، وأن تلك الشريعة تعتبر الزواج وفقاً لهذا التنظيم من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته . إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن طرفي الدعوى لم تستقر حياتهما الزوجية من يوم إنعقادها ، وأنه لا سبيل إلى إستدامتها لتباين طباع الزوجين وعاداتهما ، وأنهما حررا إتفاقاً بالإتفاق على الطلاق ، فإن دعوى الطلاق القائمة على هذا الإتفاق تكون على غير سند مستوجبة الرفض .

(٦) المقرر في غالبية الشرائع المسيحية أن العجز الجنسي من موانع إنعقاد الزواج ، شريطة أن يكون ذلك العجز سابقاً على الزواج ، ولا يرجى الشفاء منه ، وإن يتضرر منه الطرف الآخر . وبناء على ذلك فإن المادة ٢٥ من لائحة الأقباط الكاثوليك تجعل هذا الزواج باطلاً - إذ كان ذلك وكان الثابت أن الزوج الذي بنا عند شاباً يافعاً موفوراً الصحة والعافية ، قد ظهر بعد الزواج أنه عاجز جنسياً عن مباشرة زوجته التي ما تزال بكرًا ، وأنه إستمر في علاج بعد ذلك دام عامين منتقلاً بين مصر وأوربا دون أن تتقدم حالته نحو الشفاء ، فإنه يحق للزوجة طبقاً للائحة الأقباط الكاثوليك طلب الطلاق لبطلان زواجهما .

(٧) المقرر في التقنين العرفي للأقباط الأرثوذكس أنه إذا إعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو إعتاد إيذائه إيذاءً جسمياً يعرض صحته للخطر، جاز للطرف الآخر أن يطلب الطلاق ، ومؤدى ذلك أنه ليس شرطاً- لكى يقضى بالتفريق بين الزوجين - أن يكون الإعتداء أمراً قد إعتابه الزوج، وأن يكون من الجسامة بحيث يعرض صحة الطرف الآخر للخطر - إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن الزوج المدعى عليه دائم الإعتداء على زوجته المدعية بالضرب المؤلم فى مواضع حساسة من جسمها وكلما شفيت آثاره عاود الإعتداء عليها المرة بعد المرة ، فإنه - وفقاً للتقنين العرفي للأقباط الأرثوذكس - تكون الدعوى قائمة على أساس سليم ويتعين القضاء للمدعية بالطلاق .

(٨) تنازل الزوج الأرثوذكسى عن رفع الدعوى العمومية ضد زوجته التى ضيقت متلبسة بجريمة الزنا ، ليس بمانع يحول بينه وبين رفع دعوى الطلاق ، حتى لا يجبر الزوج على معاشرة زوجة تأكد لديه سوء سلوكها وكشفت التحقيقات الجنائية عن ضيقتها عارية تماماً فى أحضان شريكها ، فللزوجة مودة وتراحم ، وأن حكمة التنازل عن الدعوى الجنائية هى الفضائل العائلية والمحافظة على كرامة الأسرة والأولاد .

ما حكم طلاق المريض مريض الموت ؟

٢١٦- مريض الموت هو المرض الذى يحدث وفاة المريض به غالباً (١) .

(١) وحالة مريض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك (نقض- جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٥ ، العدد ٢ ، منى ، ص١٣٦) ولا يشترط فى مريض الموت أن يلزم صاحبه الفراش على وجه الإستمرار والإستقرار ، بل يكفى أن يلزمه وقت إشتداد العلة ، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إرث المريض أو ينتقص من أهليته للتصرف (نقض ، جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ ، المرجع السابق ، ص٢٩٥) - وقيام مريض الموت أو ما فى حكمه من مسائل الواقع التى لحكمة الموضوع أن تستخلصها من حالة التصرف النفسية وما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو من حالة الإطمئنان إليها والرجاء منها والأمل فيها (نقض ، جلسة-

والمحكوم عليه بالإعدام وراكب السفينة التي تتقاذفها الأمواج وتوقع
الغرق ثم غرق بالفعل حكمهم حكم المريض مرض الموت .

فإننا طلق المريض مرض الموت (أو من في حكمه) إمرأته ، فإما أن
يكون الطلاق رجعيًا ، وإما أن يكون بائنًا .

ويذهب استاذنا الشيخ زكريا البرنيسى (١) - إلى أن الراجح القول
بعدم الإرث . لأن الله سبحانه وتعالى يقول : ولكم نصف ما ترك
أزواجكم ، فلا توارث بين الزوجين إلا حيث تكون الزوجية ، ولا زوجية
بعد الطلاق البائن حيث يقطعها ، وإنما إنتفى السبب إنتفى مسببه ، فلا
توارث ولا إعتبار لأدلة من يخالف القول بعدم الإرث لأنها أدلة من المعقول ،
ولا معقول في مقابلة النص .

أما في الإقليم المصرى فتقتضى المادة ١١ من القانون رقم ٧٧ لسنة
١٩٤٣ بشأن الميراث بأن للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج
وهى فى العدة أو الزوجية ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الإبن وإن نزل
والثمن مع الولد أو ولد الإبن وإن نزل - وتعتبر المطلقة بائنًا فى مرض
الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض
وهى فى عدته - وهذه المادة تجرى على مذهب الحنفية ، وعليه أيضًا
تجرى أحكام المحاكم فى الإقليم المصرى .

ويلاحظ :

(١) أن المادة ١١ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المذكورة لم تشترط أن
يكون المطلق مكرهاً ، لأن طلاق المكره غير واقع فى القانون .

-١٩٦٩/٤/١٠ ، مجموعة للكتب الفنى ، السنة ٢٠ ، العدد ٢ ، مدنى ، ص ٥٦١)
والمرض الذى يطول أمده عن سنة - لا يعتبر مرض الموت إلا إذا إشتدت وطأته ،
وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة ، إذ أن فيها ما يقطع عن المرض
الرجاء ويشعر بدنى إجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة المرض من أمور الواقع
التي يستقل بها قاضى الموضوع (نقض - جلسة ١٤/٥/١٩٧٨ - المرجع السابق
- السنة ٢٩ - ص ٧٣٥) .

(١) الأحوال الشخصية - طبعة ١ - ١٩٦٥ - ص ٣٩٢ .

(٢) يتحقق الفرار من الإرث ويعامل الفار بنقيض مقصوده فى الطلاق للمكمل للثلاث ، وفى اللعان ، وفى الإرتداد ، وفى خيار الإنفاقة إن كان فى مرض الموت .

(٣) تعتبر المرأة فارة وتعامل بنقيض مقصودها ويرثها زوجها إن ماتت وهى فى العدة ، وذلك إذا إرتدت ، وإذا إختارت نفسها بخيار البلوغ ، أو بخيار الإنفاقة ، وإذا حدث منها ما يوجب حرمة المصاهرة ، كأن إتصلت بأحد أصول زوجها أو فروعه ، وكان ذلك فى مرض موتها وهى فى العدة فاعتبرت فارة يرثها زوجها .

الطلاق البائن :

٢١٧- يكون الطلاق بائناً :

(١) إذا كان بلفظ من ألفاظ الكتابات ، أو بلفظ صريح جاء على صيغة المصدر ونوى به الزوج الثلاث - وهذا النوع هو الذى يقتدر إلى النية .

(٢) الطلاق بلفظ صريح قبل الدخول ، أو بعد الخلوة الصحيحة ، أو إذا كان مقرونًا أو موصوفًا بالشدة أو القوة أو بما يفيد البينة (كانت طالق طلبة شديدة أو قوية ، أو أنت طالق طلبة بائنة) ، والطلاق بلفظ صريح ولكنه فى مقابلة عوض من جانب المرأة ، والطلاق بلفظ صريح إذا كان مكملًا بثلاث أو إذا كان مقرونًا بعدد الثلاث لفظًا أو إشارة .

والطلاق البائن نوعان:

الأول - البائن بينونة صغرى - وهو الذى يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إلى عصمته بمقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها وشاهدين فى المجلس .

الثانى - البائن بينونة كبرى - وهو الذى لا يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إليه إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها زوج غيره ويدخل بها دخولًا حقيقيًا ويمسها ويعاشرها معاشرة فعلية (١)

(١) ويقول الإمام الشوكانى : (والبنى لله إنما شرط فى عودها إلى الأول مجرد -

ثم يطلقها بما يقع به الطلاق عادة من الأسباب وتنقضى عدتها منه (١) .

أولاً - الطلاق البائن بينونة صغرى :

فالطلاق بينونة صغرى لا يزيل الحل كالطلاق الرجعى ، فللمطلق أن يعقد عليها فى العدة أو بعد إنقضاء العدة لكن بإذنها ويمهر وعقد جديدين ، لأنه يفترق عن الطلاق الرجعى إذ البائن يزيل الملك فى الحال ، فلا يحل له الإنفراد بإمسакها ومراجعتها ، وتبعاً لذلك فلا يجوز له مخالطتها والإستمتاع بها فى ظل العقد السابق ، لأن الطلاق البائن قد أنهى الزوجية ، ولذا فإن مؤخر الصنائق يحل بمجرد البينونة ، ويمنع التوارث بينها حتى لو كانت العدة قائمة إلا إذا كان الطلاق فى مرض الموت وإعتبر فراراً من الإرث ، هذا ويتفق الطلاق البائن مع الطلاق الرجعى فى أنه ينقص عدد الطلقات (٢) .

ثانياً - الطلاق البائن بينونة كبرى :

٢١٨ - هو المكمل للثلاث - ويترتب عليه ما يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى غالباً ، ولا يفترق إلا فى أنه يزيل الملك والحل فيحرم على الرجل الإستمتاع بمطلقة فى هذه الحالة ولا تحل له إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً ويطلقها وتنقضى عدتها منه .

فيشترط لى تحل للزوج الأول فى حالة البينونة الكبرى :

(١) أن يكون زوجها الثانى صحيحاً لا فاسداً ولو دخل بها دخولاً حقيقياً عملاً بقوله تعالى : « حتى تنكح زوجاً غيره » ، والزواج الفاسد لا

= نوق المسئلة التى حلت بالنص ، حتى تلوق عسيلة) ، ويؤق عسيلةها ومازما (نيل الأوطار - جزء ٦ - ص ١٤٠ ، وانتظر أيضاً : بلوغ اللرام - لابن حجر ، ص ٢٠٠ .

(١) والزوج الجديد فى هذه الحالة يعرف بالمحلل - وفيه يقول النبى ﷺ : « لا أخبركم بالمتيس المستمار » فقالوا بلى يا رسول الله ، قال : (هو المحلل والمحلل له) (نيل الأوطار - للشوكانى - المرجع السابق - ص ١٢٨ ، ١٢٩) .

(٢) الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مذکور - ص ٢٣١ ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البريسى - ص ٢٨٧ .

يسمى نكاحاً ، والرجل فيه لا يسمى زوجاً .

(٢) أن يكون الزوج الثاني بعد إنتضاء عدة الزواج الأول .

(٣) أن يدخل الزوج الثاني دخولاً حقيقياً بعد العقد الصحيح عملاً بقوله ﷺ : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها » .

(٤) أن يطلقها الثاني بموجب الطلاق أو يتوفى وتنقضى عدتها منه .

حكم نكاح المحلل :

٢١٩- يعد بعض العلماء الذين أزالوا حل زواجهم بالتطليق ثلاث طلقات إلى زواج المحلل بأن يأتوا برجل ويتفقوا معه على أن يتزوج المطلقة ثم يطلقها ليعتزوجها الأول - فإذا حدث ودخل الزوج المحلل بالزوجة . فقد اختلف الفقهاء حول حكم نكاح المحلل .

فيرى الحنابلة (فى رواية) - أن النكاح يصح وتحلل للزوج الأول ، لأن الدخول الحقيقى الذى يحلها للأول مشروط بأن يكون من زواج صحيح ، وهذا الزواج فاسد لثباته .

ويرى الحنفية على خلاف ما بينهم - أن النكاح صحيح وتحل للأول غاية ما فى الأمر أنه مكروه لقوله ﷺ : « لعن الله المحلل والمحلل له » (وهذا رأى أبى حنيفة) - أما محمد فى رواية (الميسوط) ورويت فى (الهنالية) وفتح القدير « عن أبى يوسف - أن النكاح فاسد ولا تحل للأول . وفى رواية أخرى عن محمد - أن العقد صحيح ولكن الزوجة لا تحل للأول لأنه إستعجل بهذا العقد ما أجراه الشرع .

الإيلاء :

٢٢٠- من أنواع الطلاق الطلاق بسبب الإيلاء (أى اليمين ، الحلف) بأن يقول الرجل : (والله لا أقربك ، أو والله لا أقربك أربعة أشهر أو أكثر) ، فإذا لم يقرب زوجته وإستمر فى ذلك الهجر حتى مضت أربعة أشهر طلقت منه بحكم الشرع طلاقاً بائناً من غير حاجة إلى تطليق من الزوج أو القاضى ، جزاء له على ظلم المرأة وإيذائها بمنع حقها للمشروع . أما إذا خالطها قبل أن تمضى هذه المدة فلا يحسب ذلك طلاقاً عليه ، وإنما تجب

عليه الكفارة لحنثه في يمينه وذلك بإطعام عشرة مساكين يوماً واحداً غداء وعشاء أو يكسوهم ، فإن لم يقدر على ذلك وجب عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات .

وقد كان الإيلاء شائعاً عند العرب قبل الإسلام ، وكان هجر الزوج يستمر سنة أو سنتين أو أكثر بقصد إنهاء الزوجة وإلحاق الضرر بها .

ويلاحظ أن الطلاق للإيلاء يقع بائناً بمجرد إنقضاء أربعة أشهر ، من غير حاجة إلى رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بطلاقها (١) ، وهو ما فهمه فقهاء الحنفية من الآية :

« للذين يآلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » (الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ من سورة البقرة (٢) .

هذا ...

وهناك أنواع أخرى من الطلاق لم نر ضرورة عملية لبحثها لأنها غير معروفة في أقطابنا الآن .

أما الطلاق الرجعي فقد أوردنا له البحث التالي :

الطلاق الرجعي :

٢٢١ - الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه الرجوع إلى المطلقة ما دامت في العدة سواء رضيت أم لم ترض .
ومن شروطه :

-
- (١) الزواج والطلاق في الإسلام - للشيخ زكي الدين شعبان - ص ١١٦ .
(٢) يرى أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسي أن الطلاق بسبب الإيلاء يكون رجعياً لأن القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٩ قد اعتمد على مذهب الشافعي ومالك كما تنص على ذلك مذكرته التفسيرية ، فضلاً عن أن القانون المذكور قد نص على أن كل طلاق يقع رجعيّاً إلا ما استثني ولم يكن الطلاق بسبب الإيلاء مستثنى فيدخل تحت هذه القاعدة الكلية ويقع رجعيّاً (الأحوال الشخصية ، ص ٢٧٩) .

(١) أن تكون المرأة مدخولاً بها ، لأن المطلق قبل الدخول لا عدة لها
لقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن
تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » (الآية ٤٩ من سورة
الأحزاب) .

(٢) أن لا يكون على مال .

(٣) أن لا يكون مكملًا للثلاث .

والطلاق الرجعي يرفع قيد النكاح في المال ، بمعنى أن تبقى الزوجية
قائمة بين الزوجين (١) من كل وجه بعد الطلاق الرجعي كما كانت قبله ما
دامت المطلق في العدة ، فللمطلق أن يعيدها إلى عصمته بغير رضاها
وبدون مهر وعقد جديدين ما دامت المراجعة خلال فترة العدة ، إذ أن
المطلق يكون قد رجع إلى نفسه وحاسبها على ما قارفت في حق المطلق ،
ووازن بين مودة الزواج وعشرة الزوجة وبين ما صار إليه الحال . وقد قلنا
فيما سبق أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا لما سبق من أسانيد ،
ولقوله تعالى : « ويعولتهن أحق بربهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » .

أما الطلاق البائن فهو الذي يرفع قيد النكاح في الحال ، فلا يحق
للمطلق بعده أن يراجع مطلقته إلا برضاها ويعقد ومهر جديدين (وهو
البائن بينونة صغرى) أما الطلاق البائن بينونة كبرى ، فالمطلق - كما
سبق القول - لا تحل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها دخولاً
حقيقياً ويعيش معها فترة طالت أو قصرت ، ثم يطلقها لأي سبب من
أسباب الطلاق وتنقضي عدتها منه ، ويشترط رضاها ويعقد ومهر
جديدين .

والطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة يكون بائناً دائماً ، ولا عدة
للمطلق - أما الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة فتجب به العدة لا للمراجعة

(١) الزواج والطلاق - للأستاذ محمد جواد مقنية - ص ١٤٠ وما بعدها ، والأحوال
الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البريسى - ص ٢٧٥ .

ولكن للإحتياط محافظة على الأنساب . ويكون الطلاق قبل الدخول بائناً
 فى كل الصور سواء وقع بصريح لفظ الطلاق أو غيره أو بكنائية من كنيائاته
 أو ما يقوم مقام اللفظ الصريح أو الكنائى من الكتابة أو الإشارة ، لقوله
 تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن
 تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وسرحوهن سرأحاً جميلاً » .

والطلاق على مال يكون طلاقاً بائناً لقوله تعالى : « فإن خفتم أن لا
 يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ، والإفتداء معناه
 الخلاص ، ولا يكون للمطلق عندئذ حق مراجعة مطلقة ما دام قد تصالح
 معها على مال كحق إرضاع الصغير أو حضنته أو نفقتها ونحو ذلك ، ولا
 يكون الإفتداء إلا فى طلاق بائن . تلك كانت الفروق المختلفة بين الطلاق
 الرجعى والطلاق البائن بأقسامه .

والطلاق الرجعى نوعان :

الأول - لا يفتقر إلى النية فى وقوعه - وهو الذى يكون بلفظ لا
 يستعمل إلا فى الطلاق (أنت طالق ، مطلقة ، طالقك ..) ، بشرط أن لا
 يوصف بالشدة أو العظم حتى لا يكون طلاقاً بائناً .

الثانى - يفتقر إلى النية فى وقوعه - وهو الذى يكون بلفظ من ألفاظ
 الكنيائات (اعتدى ، إستبرئى رحمك ...) .

ويقول الدكتور مصطفى الرافعى فى رسالته (الطلاق فى القانون
 الإسلامى الوضعى^(١) عن الطلاق الرجعى) :

dans ce-cas la répudiation ne devient définitive que par
 l'écoulement du délai de veduité Avant l'expiration de ce délai il
 pourra changer d'avis et reprendresans être assujetti a aucune for-
 mile (p.25.) .

(1) - la Repudiation dans le droit positif de l'Islam . thèse .Paris, 1950 .26

حكم الطلاق الرجعى :

٢٢٢- إختلف الفقهاء فى حكم الطلاق الرجعى :

فذهب الحنفية - إلى أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، أى لا يزيل أى حق من الحقوق الزوجية الثابتة لكل من الزوجين على صاحبه ولا يزيل الحل ، فله أن يتزوج مطلقته متى شاء ما دامت فى العدة .

ويذهب المالكية والشافعية وكذلك الحنابلة فى رواية عنهم إلى أنه يحرم على المطلق أن يستمتع بالمطلقة رجعيًا بوقاع ودواعيه فى أثناء العدة قبل أن يراجعها بالقول أو الإشارة إن كان أخرس .

ومن حالات الطلاق التى نظمها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ صورة واحدة يكون فيها تطبيق القاضى للزوجة رجعيًا وما عداها من صور الطلاق يكون بائنًا .

وصورة الطلاق الرجعى قد نصت عليها المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث تقول : « تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيًا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره ، وأستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح المراجعة » .

والأصل فى نظر قوانين الأحوال الشخصية أن يكون الطلاق رجعيًا ، فقد صرحت بذلك المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث جاء بها (كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنًا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠) .

والطلاق الرجعى لا يحول دون إرث الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها إذا مات أى منهما بعد الطلاق الرجعى وقبل إنقضاء العدة .

أحكام الرجعة :

٢٢٣- عرف الحنفية الرجعة بأنها إستدامة الملك القائم ومنعه من الزوال ، بينما عرفها الشافعية بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن على وجه مخصوص .

والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة :

قال تعالى : « وإنا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فإمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » .

ويروى أن الله سبحانه وتعالى أمر الرسول ﷺ بمراجعة حفصة لما طلقها .

ويرى استاذنا الشيخ البرنيسى أن الرجعة ليست حقاً خالصاً للزوج .
فله حق مراجعة مطلقة ما دامت فى العدة ولو أسقطه (١) .

كيفية حصول الرجعة :

٢٢٤- تحصل الرجعة بالقول ، أو بالفعل .

الرجعة تصح بالشهود ، كما تصح بدون حضور شهود ، وهى تصح بالفعل بالمعاشرة بدون حاجة إلى القول ، ويكون قضاء المحكمة بها كما يلى :

حكمت المحكمة ... للمدعية على المدعى عليه بثبوت مراجعته لها فى عدة الطلاق الرجعى ، والزمت بالمصاريف (٢) .

ولا يحتاج فى إثبات الرجعة إلى شهود ، وليس ب لازم إثباتها بالطريق الرسمى . إن معاشرة المدعى عليه للمدعية بعد الطلاق الرجعى وفى عدة كاف فى إثبات المراجعة . وعدم الطعن من والد الصغير فى شهادة ميلاده بعد عرضها عليه دليل على صحة الرجعة ونسبة الولد إليه (٣) .

(١) فتحصل بالقول الصريح الذى لا يحتتمل غير المراجعة (كراجعت زوجتى) بالإتفاق .

(١) الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٦٥ - ص ٢٨٣ .

(٢) أسبوط الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٢/٨ - للعامة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٧ - ص ٤٥ .

(٣) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - العدد ١ - ص ٨٧ .

أما باللفظ غير الصريح الذى يحتمل الرجعة وغيرها إذا نواها الزوج (لا أتركك ، أنت إمرأتى) - فقد ثار الخلاف بين الفقهاء فى إمكان حصول المراجعة به .

فىرى الحنفية والشافعية ، والمالكية ، والحنابلة فى رواية ، إن الرجعة تصح .

(٢) وتحصل بالفعل (كالجماع وداعيه) (١) .

أصول شرعية فى الرجعة :

(١) لما كان الثابت أن الزوج طلق الزوجة وأخفى ذلك عنها ، ثم عاشرها وأنجب منها ولدين بعد ذلك الطلاق ، وكانت الرجعة تثبت بكافة طرق الإثبات فإن المعاشرة تقوم دليلاً على حصول المراجعة .

(٢) إذا كان الثابت أن الزوج طلق زوجته قبل سفره بيومين ، وأنه عاد من سفره بعد شهر ونصف أى قبل إنقضاء العدة ، ولما كانت فى إستقباله بالمطار تلقفها بين أحضانها ، وتعانقا ، وتبادلا قبلة طويلة ، الأمر الذى لا يحدث إلا بين الأزواج عادة . لما كان ذلك ، وكانت الرجعة بعد الطلاق الرجعى تتم بالقول أو بالفعل الموجب لحرمة المصاهرة فإن ما فعله يعد مراجعة لزوجته .

(٣) لم يشترط الفقهاء إثبات الرجعة ، ولم يحتملها بقانون كذلك ، فتصح بغير شهود ولا إشهاد - لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الزوج بعد أن طلق زوجته بإشهاد رسمى وسافر إلى جهة بعيدة حيث يعمل هناك بعث بخطاب إلى مطلقته وقبل إنقضاء عدتها منه يقرر فيه أنه راجعها ، فإن الرجعة تكون قد تمت .

شروط الرجعة :

٢٢٥- فى الرجعة شروط تتعلق بالزوج ، وشروط تتعلق بالرجعة ذاتها .

(١) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٢٨ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٤ - العدد ٦٥ - ص ٢٢٨ ، والعليا الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٢/٢ - للحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٦ - ص ٣٥٩ وما بعدها .

(١) فالشروط المتعلقة بالزوج - إذا كانت الرجعة بالقول - فيشترط في الزوج أن يكون لهلاً للزواج - فلا تصح الرجعة من المجنون والمعتوه والنائم والمغمى عليه ، لأنه لا عبارة لهؤلاء (الحنفية، والشافعية، والمالكية) - أما الهازل فتصح الرجعة منه . للحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلن جد » (الحنفية ، والشافعية والمالكية) .

أما إذا كانت الرجعة بالفعل فتصح عند الحنفية من المجنون والمعتوه ، ولا تصح عند الشافعية والظاهرية ، لأنهم يقولون بالرجعة بالفعل .

(٢) أما الرجعة - ناتها فيشترط فيها ما يلي :

(أ) أن تكون الرجعة في العدة - فإذا انقضت العدة دون رجعة فلا تصح بعد ذلك وتبين المرأة ، ولا تحل للمطلق إلا بعقد ومهر جديدين ، وهذا الشرط لا خلاف فيه .

(ب) أن يحصل الإشهاد على الرجعة - ولقد ثار خلاف حول هذا الشرط فيرى الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وأحمد في رواية - أن الإشهاد ليس بشرط وإنما هو مندوب .

بينما يرى الشافعية في القديم وأحمد في رواية - أن الإشهاد ليس بشرط .

وإستدل الجمهور بالآية : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

وإستدل القائلون بوجوب الإشهاد على الرجعة بأن الله أمر بالإشهاد على الطلاق والرجعة والأمر يقتضى الوجوب .

ويذهب أستاذنا الشيخ البرديسي (١) إلى أن الأمر يقتضى الوجوب إذا لم توجد قرينة تصرفه إلى النذب والقرينة هنا قائمة لأنه ثبت صرف الأمر إلى النذب في أحدهما وهو الطلاق وكان ذلك دليلاً على ثبوته في الآخر وهو الرجعة ، فينبغي أن يصرف إلى النذب ، ولذا كان الراجح ما ذهب إليه الجمهور .

(١) الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسي - ص ٢٨٦ .

والذى نراه وجوب إشتراط الإشهاد على الرجعة قطعاً للطريق على من ينكر حصولها من الجانبين سواء أكانت الرجعة بالفعل أو بالقول وأن المراجعة بذاتها واقعة مادية يمكن إثباتها بطرق الإثبات القانونية كافة بما فيها البيئة الشرعية (١) .

(ج) أن تكون منجزة لا معلقة ولا مضافة - على خلاف .

فيذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية على الراجح عندهم - إلى إشتراط التنجيز لأن الرجعة كالنكاح كل منهما يتعلق بالإبضاع ، فكما أن النكاح لا يقبل تعليقاً ولا إضافة فكذلك الرجعة .

ويرى المالكية فى غير الراجح - أنه لا يشترط تنجيز الرجعة ، فتصح الرجعة مع التعليق أو الإضافة إلى أن يتحقق الشرط أو يجرى الوقت المضاف إليه ، وذلك لأن الرجعة حق الزوج فله تعليقها وله إضافتها .

وينتقد أستاذنا الشيخ البرديسى (٢) رأى الزيدية لأنه عار عن الدليل ، فالرجعة ليست حقاً خالصاً للزوج ، ولذا فهو يرجح رأى جمهور الفقهاء .

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث (٣) بأن الرجعة عند الحنفية هى إستدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدد بإنتهائى العدة ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج ، بل إمتداد للزوجية القائمة ، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ، ولا رضا الزوجة ، ولا علمها ، مما لا يلزم لسماح الدعوى بها أن تكون ثابتة رسمية على نحو ما إستلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية ، وذلك تحقيقاً لأغراض إجتماعية إستهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج وهو ما اقتضت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية .

(١) يراجع : مياط الابتدائية نائرة الأحوال الشخصية للستائفة جلسة ١٩٦٣/١٢/١ القضية رقم ٢٧ سنة ١٩٦٣ لحوال س - لم ينشر ، وجلسة ١٩٧٥/٢/٢٩ - القضية ٧١ سنة ١٩٧٢ لحوال نفس كلى - لم ينشر .

(٢) الأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - ص ٢٨٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ العدد ٢ - مدنى وأحوال - ص ١٠٥٢ .

والمستقر عليه شرعاً أنه إذا اختلف الزوجان في صحة الرجعة فإدعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت في العدة ، وانكرت هي ذلك ، لأنها ، وقعت بعد إنقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعى فيه إنقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها ، وأقل مدة للعدة بالحيض في الراجح من مذهب أبي حنيفة ستون يوماً . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل إنقضاء العدة ، وإستدل على ذلك بما أثبتته الزوج أسفل طلبات الحج الثلاثة التي قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعي من عبارات تتضمن أنها زوجته ويوافق على سفرها بهذه الصفة الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان الزوجية الذي يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية ، ويتقديمها هذه الطلبات الثلاثة في فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التي تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته ، وإن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير (الزوج) ، وهو إستخلاص موضوعي إستند فيه الحكم إلى أسباب سائفة تكفي لحمله .

آثار الرجعة :

٢٢٦- تسرى أحكام الزواج وآثاره على الطلاق الرجعي لأن الزوجية تعتبر قائمة حكماً حتى تنقضي العدة ومن أثارها النفقة على ما سنبين .

وإذا راجع الزوج زوجته خلال فترة العدة عانت الزوجية إلى ما كانت عليه والمراجعة - كما قلنا - تتم بالقول الدال عليها أو بالفعل كوطء المطلقة رجعيًا خلال فترة العدة ، ويستحسن أن تتم المراجعة بالإشهاد عليها خشية إنكار المطلقة لها خصوصاً بعد إنقضاء العدة .

فإنما إنقضب العدة دون أن يراجع المطلق مطلقة رجعيًا ، كان طلاقها منه بعدها بائناً فلا تحل له إلا برضاها ويعقد ومهر جديدين .

وعلى ذلك يمكن القول أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يزيل

الحل، وأن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل للملك ولا يزيل الحل ، وأن الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل للملك ويزيل الحل بحيث تصبح المطلقة طلاقاً مكملًا للثلاث محرمة على مطلقها تحريمًا مؤقتًا لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره على ما سلف البيان .

ويترتب على المراجعة إمتداد الحياة الزوجية وإستئنافها من جديد ، ولا يترتب عليها من أثر سوى نقص عدد الطلقات .

والمراجعة حق ثابت للزوج شرعاً حتى لو أسقطه ، لأن أحداً لا يملك أن يغير ما شرعه الله (١) .

أحكام العدة :

٢٢٧- تجب العدة (٢) على المطلقة بما ثبت بالكتاب ، والسنة ، والإجماع فقد قال الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . وقال ﷺ لفاطمة بنت قيس : « واعتدى فى بيت ابن أم مكتوم » والإجماع الأصل فيه الكتاب والسنة .

فلو ادعى إنتقضاء عدتها بالحيض ، وكانت المدة بين تاريخ الطلاق وتاريخ تقديم الدعوى لا تحتل إنتضاءها شرعاً لم تسمع دعواه مطلقاً ، ولو كانت المدة بين تاريخ الجلسة وتاريخ الطلاق تحتل ذلك ، لأن الدعوى

(١) رقد قضي بأنه إذا لم تعترف المطلقة رجعيًا بإنتقضاء عدتها حتى مات مطلقها ، فهي وارثة له - أن إقرار إحدى زوجتي المتوفى بطلاق زوجته الأخرى منه رجعيًا ، وإدعائها عليها إنتقضاء عدتها وعدم إثباتها إنتقضاء العدة إقرار ضمنى بزوجته المطلقة وبأنها إحدى زوجتيه ومن ورثته وتستحق نصف ثمن تركته فرضاً (العليا الشرعية - جلسة ١٢/٢/١٩٣٥ - المحاماة الشرعية - ٢-٦-٦٠- ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) ومعلوم أن المقرر فقهاً أن العدة مما لا يسقط بالإسقاط ، لأنها تجب حقاً لله تعالى وحقاً للزوج - فليس للزوج إبطال العدة عن زوجته إن أسقطها وأباح لها التزوج بخيرها حال قيامها لا تسقط ولا يحل لها التزوج لأن فى الإسقاط لحقه إسقاط لحق الله وهو لا يملكه (النيا الإبتدائية الشرعية جلسة ١٩٥٠/٦/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ و ٢ - رقم ١٧ - ص ٩٠) .

متى وقعت باطلا وقت تقديمها . فلا تنقلب صحيحة (١) .

وللعدة أنواع :

عدة المطلق ، وعدة الوفاة ، وعدة وطء الشبهة ، وعدة الزانية ، وعدة الكتابية .

عدة المطلقه :

٢٢٨- المطلقه قبل الدخول وقبل الخلوة لا عدة عليها بالإتفاق بين الفقهاء .

ودعوى بعدم المطالبة بالقرار للنفقة لإنقضاء العدة بالحیضات مقرر انه قضى لها عليه بنفقة ، وأنه طلقها رجعيًا . ولما كانت قد إنقضت عدتها شرعاً برؤيتها دم الحيض ثلاث مرات كوامل ، فقد دعاها إلى الكف عن مطالبتها بالقرار لنفقتها ولكنها إمتنعت .

عرض الحكم لوسيلة إثبات إنقضاء العدة بالحیضات وإنها مسألة من جانب المرأة ، والقول فيها قولها بيمينها ، ومن ثم فقد وجهت المحكمة - كطلب المدعى - اليمين إلى المدعى عليها بأنها لم تر دم الحيض ثلاث مرات كوامل وإنها ما زالت في العدة وإنها تستحق على المدعى نفقة عدة .

وإذا حلفت المدعى عليها اليمين كما إستحلفت ، وقضى الحكم سدياً - برفض الدعوى (٢) .

أقام المدعى الدعوى بطلب الحكم على مطلقة المدعى عليها بالكف عن مطالبته بالقرار عليه لنفقتها إعتباراً من ١٥/١٠/١٩٧٤ ، وأمرها بذلك وإلزامها بالمصاريف ، إستناداً إلى أنه طلقها بتاريخ ١٥/٧/١٩٧٤ وإن عدتها إنقضت بالقروء الثلاثة ، وكان قد صدر لها حكم بالنفقة ما زالت تلاحقه به رغم ذلك .

(١) لخميم الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٥/٦ - الحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - ص ٢٢٦ .

(٢) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/١٦ - القضية ١٩٧٥/١٤٥ لحوال نفس .

حضرت المدعى عليها وصانقت على الدعوى عند إنقضاء المدة بهذا السبب وفى تلك المدة ، وقالت إن عاداتها لم تاتها فى هذه المدة ، وحلفت اليمين كطلب المدعى ملتزمة برفض الدعوى .

بحث المحكمة الدعوى ، مستعرضة وقائعها وخلاصة ما قدمه الطرفان من دفاع ، ثم لجملت طرق القضاء فى الفقه الحنفى وقاعدتها العامة ، فقالت إن القاضى يسأل للمدعى عليه عن الدعوى بعد صحتها ، فإن أقر فيها ، أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه بالحق المدعى به وإن لم يبرهن من حلفه الحاكم بعد طلب صاحب الدعوى .

وإستخلصت أن المدعى قد ركن إلى يمين المدعى عليها إثباتاً لدعواه ، وإنها قد حلفت اليمين الموجهة إليها ، وأن الحلف والنكول من الأدلة الشرعية التى يقضى بها ، ثم إنتهى - صحيحاً - إلى القضاء برفض الدعوى (١) .

ما هى الخلوة الشرعية ؟ وما حكمها ؟

٢٢٨- مكرر - فالخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان ، أمنين من إطلاع الغير عليهما بغير إثنين ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء ، بلا موانع حسى (كالمرض) ، أو طبيعى (كوجود ثالث) ، أو شرعى (كحيض أو صوم فرض) - فإذا فقد شرط من هذه الشروط ، وكانت الخلوة فاسدة غير صحيحة ، نص على ذلك فى البحر وفتح القدير والدر المختار وغيرها ، وتشارك الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح الوطء فى أحكام كثيرة منها وجوب العدة وتوابعها ، فإذا وقعت الفرقة بعدها لزم الزوج النفقة ما دامت زوجته فى العدة . وتشارك الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح والوطء فى العدة وجوباً ، وذلك للإحتياط لتوهم الشغل ، والعدة حق الشرع والولد ، أم كونها حق الشرع فلأن الزوجين لا يملكان إسقاطها ، وأما كونها حق الولد فللحديث : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره » ، والمقصود

(١) كفر الدوار - جلسة ١٩٧٥/١/٢٠ - القضية رقم ١٩٧٤/٥٠ أحوال نفس جزئى .

منه رعاية نسب الولد وهو حق ، وأنه على إطلاقه ظاهر للمذهب الحنفى ،
والأخذ بظاهر المذهب ، والقاضى عليه أن يأخذ بقول أبى حنيفة على
الإطلاق (١) .

وسواء أكانت الخلوة صحيحة أم فاسدة على الصحيح فى النكاح
الصحيح فإنها موجبة للعدة بعد الطلاق وانقضاء العدة فى مدتها ، لأن النفقة
تابعة للعدة وتجب على الزوج إذا كان سبب القرقة غير الموت وجاءت من
قبل الزوج مطلقاً أو من قبل الزوجة لسبب ليس معصية ولم تخرج من
بيت العدة (٢) .

ولإثباتها فالقول قول الزوج ، والبيئة بيئة الزوجة وفق ما يطمئن إليه
الحاكم (القاضى) ويقع فى قلبه صدقها (٣) .

إثبات الخلوة عسير ، لأنها فسرت بأن تكون فى مكان ليس فيه أحد ،
وليس بالزوجين مانع حسى أو شرعى أو طبيعى ، وهذا لا يمكن للشهداء
الإحاطة به اللهم إلا إذا تأييدت بعرف أو حادثة إيجابية (٤) .

العرف السائد فى هذا العصر من تمكين الزوجين بمجرد العقد من
الاختلاط والخلوة معاً إلى دور اللهو وأماكن الترفيه وإرتفاع الكلفة بينهما
وشهادة الشهود على الخلوة الصحيحة مما يقطع بحصول الخلوة ويقضى
بترتيب آثارها من وجوب نفقة العدة لها وعدم سماح دعواه (رد على ما زاد
على نصف المهر) - ذلك أن الخلوة الشرعية ، حسبما جاء فى الجزء الأول
من الفتاوى الهندية (ص ٢٠٤ فى باب المهر) ، هى أن يجتمعا فى مكان ليس

(١) حاشية ابن عابدين - جزء ٢ - ص ٣٥٢ ، وكفر الزيات الشرعية - جلسة
١٩٤٠/٢/٢٧ - المحاماة الشرعية السنة ١٧ - العدد ١ و٢ - ص ٤٩ وما بعدها
والمؤيد إستثنائياً بحكم طنطا الابتدائية - جلسة - ١٩٤٠/٥/١ - القضيتين
٣٢٤ و٣٥٢ سنة ١٩٢٩ / سنة ١٩٤٠ إستئناف ، وحاشية ابن عابدين - جزء ٤
ص ٣١٥ و٣٢٥ و ٣٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين - المرجع السابق - جزء ٢ - ص ٦٨٧ .

(٣) رد المحتار - ابن عابدين - جزء ٤ - ص ٢٤٧ .

(٤) المحلة الكبرى الشرعية - جلسة ١٩٤٧/٢/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ -
العدد ٧ - ص ٤٠٠ .

هناك مانع يمنعه من الوطء حساً أو شرعاً أو طبعاً ، كذا فى فتاوى قاضى خان ، وفى البدائع أن المهر يتأكد معان ثلاثة : الدخول - والخلو - الصحيحة - وموت أحد الزوجين ، سواء أكان مسمى أو مهر المثل . حتى لا يسقط منه شيء بعد ذلك إلا بالأداء من صاحب الحق - والأرجح فى كتب ظاهر الرواية أن القول قول من ينفى الخلو أو الدخول والبينة بينة من يدعى ذلك . وهذا تؤيده أيضاً القواعد العامة ، فإن من هذه القواعد المقررة أن القول قول من يشهد له الظاهر وهو لمن ينفى الخلو ، وأن البينات شرعت للإثبات لا للنفى ، وأن اليمين إنما هى على النفى لا على الإثبات (١) .

الخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان أمين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى كالمرض أو طبيعى كوجود ثالث أو شرعى كحيض وصوم فرض -- فإذا فقد شرط من هذه الشروط كانت الخلوة فاسدة غير صحيحة . والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح تشارك الوطء فى أحكام كثيرة منها وجوب العدة وجميع المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية والخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح تشارك الخلوة الصحيحة والوطء فى النكاح الصحيح فى وجوب العدة وذلك للإحتياط لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد ، إما لكونها حق الشارع فلأن الزوجين لا يملكان إسقاطها ، وإما لكونها حق الولد فللحديث : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره) والمقصود هو رعاية نسب الولد (٢) .

إذا طلق الزوج زوجته ، قال طلقناها قبل الدخول والخلوة ، وقالت بعد الخلوة ، فالقول لها فى وجوب العدة عليها ، وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل إبنتها وأربع سواها وأختها للحال ، والبينة بينتها ، فإذا ثبتت الخلوة بالبينة مع دلالة العرف السائد من إختلاط الزوجين بمجرد

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٦/١١/١٩٥١ - المحاماة الشرعية السنة ٢٠ - العدد ٩ - ص ٦٨١ .

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ٢٢/٤/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ العدد ١ ص ١١٦ .

العقد وجبت لها نفقة وتؤكد لها كل المهر (١) .

الطلاق لمن أخذ بالساق ، والزوج يملك إيقاع الطلاق بالحق المستبقى له من كتاب الله الكريم وسنة نبيه عليه أفضل الصلاة والسلام ، إلا أن الصفة التي يدلى بها المنشأة قد يتفك عنه أحياناً إذا قلم الدليل على خلافها ، كأن يدعى عدم الدخول في هذه الحادثة ، فيثبت العكس أو يدعى وقوعه على مال فيعجز ، فيقع مجزئاً وليس في وسع الموثق إلا إثبات ما يتشبه المطلق ، وللقضاء أن يقرر ما تظهره الأدلة على خلاف ما أنشأه ، فإذا ثبت الدخول وجب الإعتداد وجوب نفقة عدتها وإستمرار حق المطالبة بما فرض لنفقة عدتها (٢) .

ولكنهم اختلفوا بالنسبة لمن إختلى بها :

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة - أنه إن إختلى بها ولم يصحبها ثم طلقها فعليها العدة تماماً كالدخول بها .

ويرى الشافعية - أنه لا أثر للخلو .

إن كل فرقة بين الزوجين - ما عدا الموت - تعتد بها المطلقة عدة طلاق سواء أكانت بخلع أو لعان أو بفسخ يعيب أو إنفساخ برضاع أو إختلاف الدين .

وإتفق الفقهاء على وجوب العدة على المطلقة بعد الدخول - وإنها تعتد بواحد من ثلاثة :

(أ) تعتد بوضع الحمل ، لقوله تعالى : « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » - وإذا كان الحمل أكثر من واحد فلا تخرج من العدة إلا بوضع الأخير بالإجماع .

(ب) تعتد بثلاثة أشهر هلالية - وهي التي بلغت ولم تر الحيض أبداً ،

(١) السيدة زينب «شرعية» - جلسة ١٩٥٢/٤/٢٢ - الحاماة الشرعية - السنة ٢٤ العدد ١ ص ١١٦ .

(٢) الدنيا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٦/٢٤ - الحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٩ .

والتي بلغت سن اليأس - وحد اليأس عند المالكية سبعون والشافعية إثنتان وستون على الأصح - وعند الإمامية ستون القرشية وخمسون لغيرها .

أما بالنسبة للزوجة التي لم تبلغ تسع سنوات كاملة والمدخل بها فقد اختلف الفقهاء في وجوب العدة عليها :

فذهب الحنفية - إلى أنه تجب عليها العدة .

ونذهب المالكية والشافعية - إلى أنه تجب العدة على الصغيرة إذا كانت تطيق الوطء .

ونذهب الحنابلة - إلى أن العدة لا تجب على من لم تكمل التسع وإن طافت الوطء .

(ج) تعتد بثلاثة قروء - وهي من أكملت التسع فما فوقها ولم تكن حاملاً ، ولا أيسة وكانت من نوات الحيض بالإتفاق .

ويرى المالكية والشافعية - أن القروء هو الطهر ، فإذا طلقها في آخر لحظة من طهرها احتسب من العدة وأكملت بعده طهرين .

ويرى الحنفية والحنابلة - أن القروء هو الحيض ، فلا بد من ثلاث حيضات بعد الطلاق ، ولا يحتسب حيض طلقت فيه .

وإذا أخبرت المطلقة التي إعتدت بالإقراء بإنقضاء عدتها تصدق إذا مضت مدة تحتل إنقضاء العدة . وأقل ما تصدق به المعتدة بالإقراء ٢٦ يوماً عند الإمامية و٢٩ يوماً عند الحنفية (١) .

وقد قضى (٢) بأن المفتى به في مذهب أبي حنيفة أن حد إياس المرأة خمس وخمسون سنة ، وقيل الفتوى على خمسين ، وشرطه أن ينقطع

(١) بأن يقول أنه طلقها في آخر طهرها ويقدر أقل مدة للحيض وهي ثلاثة أيام أقل مدة للطهر وهي ١٥ يوماً ، فثلاث حيضات بتسع أيام يتخللها طهران بثلاثين يوماً فيكون المجموع ٢٩ - الزواج والطلاق - للأستاذ محمد جواد مغنية - ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/١/٦ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدنى - ص ٧٧ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦١/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦٦٢ وما بعدها .

الدم عنها لمدة طويلة وهى ستة أشهر فى الأصح ، سواء كان الإنقطاع قبل مدة الإياس أو بعد مدته ، فإن هى بلغت الحد واستوفت الشرط حكم بإياسها واعتدت بثلاثة أشهر ، فإن عاودها الدم على جارى عاداتها قبل تمام هذه المدة ، إنقضت عدة الأشهر واستأنفت للعدة بالإقراء ، وأن القول فى إنقضاء عدة المرأة هو قولها بإنقضائها فى مدة تحتل الإنقضاء فى مثلاً (١) ، وهو ما إختارته لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية حيث نصت فى البند الثالث من المادة ١٦٠ من مشروع القانون على أن « من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر إن كان الحيض قد إنقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها .

(٢) عدة الوفاة :

٢٢٩- إتفق الفقهاء على أن عدة المتوفى عنها زوجها وهى غير حامل أربعة أشهر وعشرة أيام . كبيرة كانت أو صغيرة ، أيسة أو غير أيسة ، دخل بها أو لم يدخل - لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصون بأنفسهن أربعة أشهر وعشر » .

هذا إذا جازمت بأنها غير حامل . أما إذا ظنت أو إحتملت الحمل فعليها الإنتظار حتى تضع حملها أو يحصل الجزم بعدم الحمل .

وإتفق الفقهاء على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها كبيرة كانت أو صغيرة ، مسلمة وغير مسلمة - عدا الحنفية فإنهم ذهبوا إلى عدم وجوبه على الذمية والصغيرة لأنهما غير مكلفتين .

ومعنى الإحداد أن تتجنب المرأة الحادة على زوجها كل ما يحسنها ويرغب فى النظر إليها ويدعو إلى إشتهاها ، وبيان ذلك مرجعه إلى أهل العرف .

(١) وإنقضت العدة برؤية الحيض ثلاث مرات كوامل يثبت عن طريق يمين توجه إلى المطلق بأنها لم تر دم الحيض ثلاث مرات كوامل وإنها لا زالت فى العدة وتستحق على المطلق نفقة عدة وأنه مبطل فى إبعائه فإذا حلفتها رفضت الدعوى ، وإذا إعتبرت ناكلة عن حلفتها قضى بإبطال المقرر لنفقتها ، وهذه اليمين لا تقبل الرد وفقاً للأصول الشرعية (إنفو الجزئية جلسة ٢٦/٢/١٩٦٢ - القضية رقم ٦٧ سنة ١٩٦٢ لأحوال نفس) .

وتبدأ عدة الوفاة من بلوغ الزوجة الحبر إذا كان الزوج غائبا أما إذا كان حاضرا وإفتراض عدم علمها بموته إلا بعد حين فمبدأ العدة من حين الوفاة على ما هو المشهور بين فقهاء الإمامية

(٣) عدة وطء الشبهة :

٢٣٠- يذهب الحنفية إلى أن العدة تجب وطء الشبهة وبالعقد الفاسد دون الباطل ، ويذهب المالكية إلى أن تستبرئ المرأة بقدر العدة ثلاثة قروء . وإن لم تحض فيثلاثة أشهر وإن كانت حاملا فبوضع الحمل .
ومهما يكن فإذا مات الواطيء بشبهة فلا تعتد المرأة عدة وفاة ، لأن العدة للوطء لا للعقد .

(٤) عدة الزانية :

٢٣١- يرى الحنفية والشافعية - أنه لا تجب العدة من الزنا ، لأنه لا حرمة للماء الزاني فيجوز العقد على الزانية ووطؤها وإن كانت حاملا -
ويضيف الحنفية : أنه يجوز ، العقد على الحبلى من الزنا من غير أن يطأها بل تترك حتى تلد .

ويرى المالكية - أن الوطء بالزنا كالوطء بشبهة تستبرئ بقدر العدة ، إلا إذا أريد إقامة الحد عليها ، فإنها تستبرئ بحيضة واحدة .
ويرى الحنابلة - أنه تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة .

(٥) عدة الكتابية :

٢٣٢- إذا كانت الكتابية زوجة لمسلم فحكمها حكم الزوجة المسلمة من حيث وجوب العدة عليها والإحداذ في عدة الوفاة بالإتفاق بين الفقهاء .
أما إذا كانت زوجة لكتابي مثلها :

فيرى الحنفية - أن لا عدة على غير المسلمة المتزوجة بغير المسلم .
يرى الشافعية والمالكية والحنابلة - أنه تجب العدة ولا يجب الحداد في عدة الوفاة

مكان العدة :

٢٣٣ - إتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعية تعتد في بيت الزوج لا يجوز خروجها ولا إخراجها منه .

وإختلفوا في المطلقة طلاقاً بائناً :

فيذهب فقهاء المذاهب الأربعة - إلى أن تعتد المطلقة في بيت الزوج كالرجعية دون فرق لقوله تعالى : « ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

أصول شرعية في العدة :

(١) المقرر شرعاً وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى ، ولو لم يكن قد دخل بها ، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام .

(٢) إذا كان الثابت أن المطلق عقد على مطلقته عقدًا جديدًا حين لم تكن عدتها قد إنقضت منه ، فإن ذلك يعد مراجعة لها في الواقع لما هو مقرر شرعاً من أن للزوج أن يراجع زوجته بعد الطلاق الرجعي مادامت في العدة بإرادته المنفردة ودون الرجوع إليها .

(٣) المقرر شرعاً أن المرأة أمينة على نفسها ، وإن القول قولها في خصوص رؤية دم الحيض لأنه لا يعرف إلا من جانبها ، ومن ثم كان طلب إثبات رؤية الحيض ثلاث مرات كوامل في فترة معينة عن طريق ندب طبيب غير منتج ، وإن السبيل إلى ذلك هو يمين المرأة ، إذ أن الطبيب لا يستطيع الجزم بهذه الرؤية .

(٤) المقرر شرعاً أنه لا يحل للمطلقة أن تتزوج بأخر طالما كانت في العدة ، كما لا يحل خطبتها لأخر لا تصريحاً ولا تلميحاً ، ولكنها تحل لمطلقها ، فإن كان طلاقها رجعيةً فإن له مراجعتها وهي في العدة بإرادته المنفردة وبغير عقد جديد وإن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى فإن له أن يعقد عليها دون إنتظار مدة العدة أما إذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى فإنه لا يحق له مراجعتها إلا بعد أن تنكح رجلاً غيره بعد أن تكون عدتها قد إنقضت من زوجها الأول ، ثم يطلقها الثاني وتنقضى عدتها منه وعندئذ

يحق لزوجها الأول أن يعيدها إلى عصمته بعف ومهر جديدين وبإدبها
ورضاها

(٥) المقرر شرعاً أن الطلاق يقع فور النطق بلفظ سبق من مادة الطلاق أو ما في معناه ، وعندئذ يجب على الزوجة أن تعتد ، وتعتبر الزوجة في العدة من ذلك الوقت ، وليس بشرط عند الأئمة الأزعية وجمهور الصحابة والتابعين أن تعلم الزوجة بوقوع الطلاق وعلى هذا فإن العدة قد تبدأ وتنتهى والزوجة لا تعلم وقد ذهب الزيدية إلى أن من طلقها زوجها أو مات عنها أو قسح زواجها لزمها العدة من وقت العلم بالطلاق لا من وقت وقوعه ، ويرى الشيعة الجعفرية أن المطلقة تعتد من الطلاق إذا ثبت بحجة شرعية ، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً ، أما إذا لم يثبت ولكنها علمت به ، فإنها تعتد من وقت العلم به ، وإيا كان الرأي في مبدأ العدة ونهايتها ، وسواء أكانت بدايتها من وقت العلم بالطلاق أم من وقت وقوعه ، فإن القانون المعمول به الآن يعتبر مبدأ العدة من وقت وقوع الطلاق سواء علمت به الزوجة أو لم تعلم ، ومع ذلك فإن علماء مذهب أبى حنيفة المعمول به الآن في محاكم الأحوال الشخصية يقررون في إجماع تام : أن من يخفى طلاق زوجته عنها فإن عدتها تمتد كعقوبة للزوج على إخفاء طلاقه لزوجته .

(٦) المقرر شرعاً أن الطلاق لا يزيل الملك ولا الحل ولا ترتفع به آثار عقد الزواج قبل مضي العدة ، فإذا مات أحد الزوجين قبل إنقضائها ورثه الزوج الآخر ، سواء أكان الطلاق في حالة صحته أم في مرضه ، وسواء أكان الطلاق رضاء أم كرهاً كما أن المقرر شرعاً أن القول للزوجة بوفاة زوجها وهي في العدة لأن ذلك لا يعرف إلا من جانبها وهي مصدقة في قولها إلى سنة تالية على الطلاق .

(٧) المقرر شرعاً أن الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة يقع بائناً ، فلا يرث أحد الزوجين الآخر لوفاة أى منهما خلال العدة من ذلك الطلاق ، لأن العدة في الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة شرعت للإحتياط ومحافظة على الأنساب .

(٨) المقرر شرعاً أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيّاً ، ثم مات قبل

إنقضاء عدتها منه ، فإنها تبطل . وعليها أن تبدأ عدة الوفاة ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، إعتباراً بأن المطلقة رجعيّاً تعد زوجة من كل الوجوه طالما كانت فى العدة بدليل أنهما يتوارثان . كما أن المقرر شرعاً أنه إذا إنتهت الزوجية بالوفاة ، كان على الزوجة أن تعتد عدة الوفاة إعتباراً من تاريخ الوفاة ، فإن كان الطلاق بائناً فإن على المطلقة أن تكملها لأن الزوجية بينهما كانت منقضية ومنقطعة من كل وجه بالطلاق البائن ولم تنته بالوفاة ، إلا إذا كان قد طلقها فى مرض الموت وتحققت شروط الفرار من إرثها وورثت منه بالفعل ، فإنها عندئذ تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة .

(٩) المقرر شرعاً وطبقاً للرأى فى مذهب أبى حنيفة الواجب الأعمال فى محاكم الأحوال الشخصية أن سن الياس حددا الأدنى خمسة وخمسون عاماً ، وأنه لا يقبل الإدعاء ببلوغ الزوجة سن الياس إذا كان سنها أقل من ذلك ، وأن عدة من بلغت سن الياس ثلاثة أشهر .

هل يمكن الطلاق بالتليفون ؟

٢٣٣ مكرر - يحدث أن يتحدث الزوج إلى زوجته من خلال التليفون (الهاتف) ، وتزيد حدة الحديث ، ويوقع الزوج الطلاق على زوجته بلفظه الصريح الدال عليه ، فهل يقع طلاقه ؟

والإجابة على التساؤل ، أنه متى تلفظ الزوج بالطلاق ، وكان اهلاً للطلاق ، وكانت الزوجة محلاً له ، فقد ترتب عليه أثره وهو وقوع الطلاق ، سواء أكان ذلك فى التليفون أو غيره ، لأن الحديث التليفونى يحدث به ركن الطلاق ، متى كان الزوج غير مكره .

كذلك يقع الطلاق ببرقية ، أو برسالة أو فى شريط مسجل ... ونحوها .

فالطلاق يقع من جانب واحد ولا يحتاج إلى قبول والعبارة بإثبات حصوله .

أحكام قضائية أخرى فى طلاق أهل الذمة ، والجهة المختصة بإيقاعه :

٢٣٤- إن مؤدى نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ -

وعلى ما جرى به قضاء النقض - إن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ أن يخالف ما إستقر عليه قضاء المحاكم الشرعية في هذا الشأن ، وهي التي تختص بالفصل في المنازعات بينهم بإعتبارها صاحبة الإختصاص العام في مسائل الأحوال الشخصية ، فإستبقى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دفعا للحرج الذي قد يحدث عند الطلاق في حالة ما إذا كان الزوجان لا يدينان بوقوعه ، وتنص الفقرة السابعة منها على أن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، ولا وجه للتحدى في هذا الصدد بأن الدين المسيحي على إختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، ذلك أن المقصود من الفقرة المشار إليها أن يكون الحلاق مشروعا في ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضي ، وأنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند إختلافهما في الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق ، إذ أن الملة الوحيدة التي لا تجيز التطلق هي ملة الكاثوليك (١) . فشريعة الأقباط الأرثوذكس تجيز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أدخل بواجباته إخلالا جسيما أدى إلى إستحكام النفور بينهما وإنتهى الأمر بإفتراقهما ثلاث سنوات متوالية (٢) . والعنة في الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع إنعقادها في شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعي نفسه ، وهي مانع يتصل بأمر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر (الزوجة) (٣) ، وإستحكام النفور بين الزوجين يجيز الحكم بالتطبيق في شريعة الأقباط الأرثوذكس ، متى كانت النتيجة إسائة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالا جسيما بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، وكذلك الأمر إذا كان الخطأ راجعا إلى كل من الزوجين لتصدع

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - مدني وأحوال - ص ٩٦

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٢٢ - للرجع السابق - العدد ٢ - ص ٦٧٣

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٧ - للرجع السابق - ص ٩١٤

الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما^(١) ، فتجيز مجموعة سنة ١٩٢٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس في المادة ٥٧ منها ، تجيز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً أدى إلى إستحكام النفور بينهما ، وإنتهى الأمر بإفتراقهما ثلاث سنين متوالية ، على أن لا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطبيق لا يستفيد من خطئه^(٢) كما تنص المادة ٤٥ مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه : يقضى أيضاً بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين في واجبات المعونة والنجدة والحماية التي يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر^(٣) ، وتنص المادة ٥٢ على أنه :

« كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل إشتراكهما في المعيشة مستحيلاً » ، ومفاد النص الأول أنه يجوز الحكم بالطلاق لتفسير أحد الزوجين في تقديم المعونة والحماية للزوج الآخر ، ويجيز النص الثاني القضاء بالطلاق إذا إستحكم النفور بين الزوجين بصورة يستحيل معها إمكان التوفيق . وتنص المادة ٦ من مجموعة الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه : « إذا رفع طلب الطلاق لأي سبب كان . هذا السبب المنصوص عليه في المادة ٢٩ فللمحكمة ألا تحكم مباشرة به ولو كان الطلب على حق ، وفي هذه الحالة تأمر بإنفصال الزوجين ، أو تبقى هذا الإجراء إذا كان سبق لها إتخاذها ، وذلك لمدة لا تزيد على سنة ، ويتعين على المحكمة أن تأمر أولاً بإنفصال الزوجين لمدة سنة في الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٢ ، فإذا إنقضى الأجل الذي حددته المحكمة دون أن يتصلح الزوجان ، كان لكل منهما أن يعلن الآخر

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٨٤٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني لحوال - ص ١٠٠٤ ، ويحث آثار الطلاق في شرائع غير المسلمين للدكتور جميل الشرفاوي - الحاماة - السنة ٤١ - العدد ٢ - ص ٢٢٢ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٧ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص ١٤٧٩ .

بالحضور إلى المحكمة لسماع الحكم بالطلاق ، (١) .

المقرر في شريعة الأقباط الأرثوذكس أن الجنون بنوعيه سواء أكان مطبقاً أو متقطعاً يبطل الزواج إن كان سابقاً على إنعقاده وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولو رضى به الزوجان . فإن طرأ الجنون بعد الزواج وكان جنوناً مطبقاً وغير قابل للشفاء ، فللطرف الآخر الحق في طلب فسخ عقد الزواج ، وذلك بالتطبيق لحكم المائتين ٢٦ و ٤٠ من التقنين العرفي للأقباط الأرثوذكس .

إن استحكام النفور بين الزوجين الذي يجيز الحكم بالتطليق يجب أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق وحده حتى لا يستفيد من خطئه ، فإذا كان الخطأ راجعاً إلى كل من الزوجين وإستحالت الحياة بينهما ، فإنه يجوز التطليق في هذه الحالة أيضاً لتحقيق ذات السبب وهو تصدع الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة (٢) .

تنص المادة ٤٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه : « يقضى أيضاً بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين في واجبات المعونة والتجدة والحماية التي يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر » ، وتنص المادة ٥٢ على أنه : « كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذا وجد تنافر شديد بين طبايع الزوجين يجعل إشتراكهما في المعيشة مستحيلاً »

(١) تراجع الأحكام العديدة المنشورة في محيط البداىء الحديثة في الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد حلمي عبد العاطي - طبعة ١٩٥٧ - ص ٢٦٦ وما بعدها ، وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفي - طبعة ١٩٦٨ - ص ٢٠٣ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - للمستشار محمد الدجوى - ص ٢٣٠ وما بعدها ، ومصر الشرعية - جلسة ١٩٤١/٥/٢٢ - المحللة الشرعية - السنة ١٢ - العدد ١٠٩ - ص ٥٦ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢٣ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٨٤٣ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - ص ١٠٠٢ وما بعدها .

ومفاد النص الأول أنه يجوز الحكم بالطلاق لتقصير أحد الزوجين في تقديم المعونة والحماية للآخر، ويجيز النص الثاني القضاء بالطلاق إنا إستحكم النذور بين الزوجين بصورة يستحيل معها إمكان التوفيق (١) .

أهلية الزوجة في خصومة الطلاق :

المقرر شرعاً أنه متى بلغت الأنثى بالعلامات أو بالسن وهي خمسة عشر عاماً كانت أهلاً للمخاصمة ، تقيم الدعاوى الشرعية وتقام عليها ، كما أنه يحق لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ، وأن تقبض مهرها بنفسها، ومؤدى ذلك أن لها أن ترفع الدعاوى فى كل شأن من شئون زواجها ، فإذا كان لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها فإن لها كذلك أن تتولى الخصومة بشأن حله ، ولا إعتبار فى هذا المقام لما هو مقرر قانوناً من أن سن الرشد المالى إحدى وعشرين سنة ميلادية ، فهذا خاص بسن الرشد المالى وأحكام الولاية على المال ، أما الولاية على النفس فلا يزال العمل فيها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التى ترتبط فيها السن برؤية العلامات أو ببلوغ خمسة عشر عاماً .

الطلاق بحكم القاضى :

٢٣٤ مكرر - شرع الطلاق أصلاً ليكون بيد الزوج يستعمله فى أى وقت متى كان أهلاً لإيقاعه ، وقد يكون التطلاق بحكم القاضى بناء على طلب الزوجة . وهو يكون فى خمس صور ، نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على إثنين منهما هما : التطلاق لعدم الإنفاق ، والتطلاق للعيب ، ونص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الثلاث صور الأخرى وهى : التطلاق للضرر ، والتطلاق لغيبة الزوج بلا عذر والتطلاق لحبسه (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٢ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدنى وأحوال - ١٤٧٩ .

(٢) أهم المراجع : رسالة La repudiation dans le droit positif de L'Islam - الدكتور مصطفى الرافعى - جامعة باريس - طبعة ١٩٥٠ ص ٦٤ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة ١٩٣٥ - ص ١٢٢ وما بعدها ، وحقوق المرأة - للأستاذ حسنى نصار - ١٩٥٨ ص ٤٢٠ وما بعدها ، والزواج -

وسنقفل هذه الصور في الفروع الخمسة التالية ، مقدمين لكل حالة بمناهب الفقه ، وما كان ينظمه العمل قبل صدور القانونين المذكورين تعميماً للفائدة .

الفرع الأول

التطبيق لعدم الإنفاق

٢٣٥- نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً .

والزوج إما أن يكون موسراً وإما أن يكون معسراً .

فإن كان له مال ظاهر نفذت الزوجة حقها في النفقة منه حاضراً كان الزوج أم غائباً وليس لها من بعد طلب التفريق لتمكنها من الحصول على حقها في النفقة ، وذلك بالإتفاق بين الفقهاء .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر (مجهولاً كان أم أخفاه الزوج عنها) ففي المسألة رأيان :

رأى - يقول بأن ليس لها في هذه الحالة سوى طلب حبسه (الحنفية) .

ورأى - يقول بجواز طلب التفريق (الجمهور) .

وبليل الحنفية أن التفريق تفويئاً لحق الزوج وإبطاله ، وفي عدم الإتفاق تأخير حق الزوجة . وتفويئ الحق وإبطاله أكثر ضرراً من تأخير الحق

- والطلاق - للأستاذ محمد جواد مغنية - طبعة بيروت ١٩٦٠ - ص ١٩٠ وما بعدها ، والمرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية - للقاضي أنور العمروسي - طبعة ١- ١٩٦٢ - ص ٣٦١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسي - طبعة ١٩٦٥ - ص ٤٥٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين للمستشار محمد البجوى طبعة ١٩٥٩ - ص ٢٥٠ وما بعدها ، والمرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمستشار صالح حنفي - جزآن . وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفي - طبعة ١٩٦٨ ويحث : الطلاق بحكم القاضي - أنور العمروسي - للحامدة - السنة ٥٠ - العدد ٦- ص ٩١ وما بعدها .

فيرتكب أخف الضررين ، وبليل الجمهور الآية الآتية ، فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ، وإمتناع الزوج عن الإنفاق إمساك بغير المعروف فيتعين التفريق .

وأما إذا كان الزوج معسراً - فيما إن ترضى الزوجة بالمقام معه رغم إعساره وإما إن لا ترضى .

فإن رضيت فلا تطليق ولا فسخ بالإتفاق .

وإن لم ترض ، ففي المسألة أراء ثلاثة :

الأول - يقول بالتفريق بينهما وللزوجة حق طلب التفريق من القاضى (جمهور الفقهاء ، ومن الصحابة عمر وعلى وأبى هريرة) .

والثانى - يقول بعدم التفريق ولو لم ترفض الزوجة المقام (أبو حنيفة، وعطاء ، والزهرى ، وابن شبرمة ، والثورى) .

والثالث - للزوجة طلب التفريق إن كان قد غرها . وليس لها ذلك إن لم يكون قد غرها أو كانت تزوجته عالة بإعساره . أو كان موسراً ثم أعسر (إبن القيم) .

وكان العمل بالمحاكم يجرى على مذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذت جملة أحكامه من مذهب مالك .

٢٣٦- أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق لعدم الإنفاق:

تناولت أحكام التطليق لعدم الإنفاق المواد ٤ ، ٦ ، ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد نصت المادة ٤ على أنه :

« إذا إمتنع الزوج على الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالتنفقه على له فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال ، وإن إدعى العجز . فإن لم يثبت طلق حالاً ، وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر وإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

تضمنت المادة الرابعة حالات التطليق المبني على عدم الإنفاق ، وليس للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة المحكوم بها للزوجة . وهذه الحالات ثلاثة :

١- أن يتصالح الطرفان على إعسار الزوج أو تنكرة الزوجة ويثبت الزوج وعندئذ يمهّل الزوج مدة شهر لكي يقوم بالإنفاق على زوجته ، فإن أنفق فيها ، وعندئذ يقضى برفض الدعوى ، وإن لم يقم بالإنفاق طلق عليه القاضى .

٢- أن يدعى الزوج أنه معسر ولم يثبت بمصادقة أو بيعة ، فيطلق القاضى عليه فى الحال .

٣- أن يسكت الزوج فلا يقول إنه معسر أو موسر : أو يقول أنه موسر ويصر على عدم الإنفاق فيطلق القاضى عليه فى الحال .

ونصت المادة ٥ على أنه :

« إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى قبل مضى الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى . وتسرى هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

وهذه المادة تضمنت القواعد التالية :

١- إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة (١) وكان له مال ظاهر نفذت الزوجة

(١) تعتبر غيبة الزوج قريب إذا كان فى مكان يمكن إيصال الإعلان إليه فى مدة لا تزيد على تسعة أيام وتعتبر بعيدة إذا كانت خلاف ذلك ، ولراجع رسالة الدكتور مصطفى الرافعى - باريس - طبعة ١٩٥٠ - ص ٦٤ وما بعدها ، والمراجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - لقاضى أنور العمروسى - طبعة ١ - ١٩٦٣ - ص ٢٦١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى -

حكم النفقة الصادر لها عليه في هذا المال .

٢- إذا غاب غيبة قرينة ولم يكن له مال ظاهر ، وطلبت الزوجة من القاضى أن يطلقها عليه ، وثبت للمحكمة قيام الزوجية وعدم وجود مال ظاهر للزوج وأنه تركها بلا نفقة ولا منفق وأنه غائب تحدد له أجلاً تراه مناسباً وتنص في قرارها هذا السابق على الفصل في الموضوع بأنه إذا لم يرسل خلال الأجل الذى حددته ما تنفق الزوجة منه النفقة الحاضرة الواجبة عليه أو لم يحضر إليها تطلق عليه ، وتكلف للحكمة قلم الكتاب بأن يعلن الغائب بصورة من هذا القرار وتحدد لنظر طلبات الزوجة جلسة مقبلة فإذا انقضى الأجل للحد للإعلان دون أن يرسل الزوج لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر هو للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت عليه .

٣- أما إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولا منفق ولم يكن له مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه ، فبعد أن تتحقق المحكمة من قيام الزوجية ومن غيبة الزوج ومن عدم وجود مال تطلق عليه .

٤- أما إذا غاب الزوج ولم يعلم مكانه ولم يترك مالا ظاهراً تنفق منه الزوجة وطلبت هي التطلاق ، وأثبتت قيام الزوجية والغيبة وعدم وجود مال وعدم العلم بمكان الزوج طلقت المحكمة عليه في الحال .

أما إذا كان الزوج مفقوداً ولم يكن له مال ظاهر تنفق الزوجة منه وطلبت التطلاق وأثبتت الزوجية والعقد وعدم وجود المال طلقت المحكمة عليه (١) .

= طبعة ١ - ١٩٦٥ - ص ٤٥٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة ١٩٢٥ - ص ١٣٢ وما بعدها .

La repudiation dans le droit positif de L'Islam.

(١) دمياط الكلي : الأحوال الشخصية - العائشة الأولى - جلسة ١٩/٢/١٩٧٢ - القضية ٤٧ - سنة ١٩٧١ أحوال كلى ، والقضية ٢ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بنات الجلسة والقضية ١١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بنات الجلسة ، والقضية ١٥ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بنات الجلسة ، وجلسة ٣١/٣/١٩٧٢ - القضية ٥٨ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى .

٥- أما إذا كان الزوج مسجوناً ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه وطلبت الزوجة من المحكمة التطبيق عليه لإعساره ، وأثبتت عناصر دعواها على الوجه للمقدم ضريت المحكمة للزوج أجلاً وأعزرت إليه حسبما تقدم في الحالة الثانية .

ويلاحظ أن قواعد الإثبات الخاصة بعناصر الدعوى تقوم بالنسبة للزوجية على وثيقة رسمية عملاً بالمادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ ، وبالنسبة لبقاى العناصر وهى وقائع مادية جائز إثباتها بطريق الإثبات القانونية كافة بما فيها البيئة فتثبت بالبيئة وفقاً لأحكام قانون المرافعات وقانون الإثبات ، وأن يسبق إجراء التحقيق صدور حكم تهيدى قبل صدور الحكم القطعى الحاسم للمصومة .

ونصت المادة ٦ من القانون المذكور على أن :

« تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق فى اثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة » .

وقد تضمنت هذه المادة بيان حكمين :

١- إن الطلاق الذى توقعه المحكمة لعدم الإنفاق طلاق رجعى يجوز للزوج أن يراجع فيه ما دامت الزوجة فى العدة :

٢- أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته بشرطين :

(أ) ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على إستدامة الإنفاق عليها نفقة مثلها .

(ب) إستعداده للإنفاق عليها نفقة مثلها .

فإنما لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة .

وقد قضى^(١) بأن الحكم بنشوز الزوجة لا يمنعها من أن تطلب إلى

(١) الزقازيق الشرعية - جلسة ١٥/٥/١٩٤٩ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ١٠٩ و ٤٣٤ .

الحكمة التطلق بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقد يكون النشوز ناشئاً عن حالة تدفعها ولا تستطيع معها نواص العشرة - فإذا طال امد النزاع بين الزوجين واستحكم الخلاف وبدا للمحكمة أن الزوج لم يقصد من إستصداره عليها حكماً بالنشوز إلا تخلصه من النفقة وإبقائها يعد ذلك معلقة في حبل زوجية دون رغبة صادقة في معايشة مبناهما المودة والرحمة ، كان ذلك عاملاً من عوامل التفريق وإذا تعذر على المحكمة إجراء التحكيم بين الزوجين بفعل الزوج كان دليلاً على إساءته وكافياً للتفريق بينهما بطلقة بائنة .

إمتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته لا يجيز لها طلب التطلق منه بائناً للضرر ، بل تطبق عليه المادتان الرابعة والخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - فإذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب التطلق بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها طبقاً للمادة ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - أما إذا هجرها وترك معاشرتها مع وجوده في البلدة التي تقيم فيها وتضررت من ذلك ، فإن ذلك يكون من الأحوال التي يتناولها التطلق للضرر وتطبق عليه المادة ٦ من القانون المذكور لا المادة ١٢ منه (١) .

٢٣٦ مكرر - هذا ، ويشترط لصحة ونفاذ الرجعة في حكم التطلق لعدم الإنفاق ، شرطان :

الأول - أن تكون المطلقة في العدة .

الثاني - أن تثبت قدرة الزوج على الإنفاق على مطلقة وهي في العدة.
وإثبات الزوج ليساره وقدرته على الإنفاق لا تنأى إلا بمرض مقدر النفقة التي كان مأموراً بها قبل صدور الحكم - عرضاً حقيقياً على يد محضر ، وإن يتم العرض قبل إنتضاء العدة ، ولما علمت فإن أقل مدة العدة هي ستون يوماً ، فإذا قررت الزوجة أنها رأت دم الحيض ثلاث مرات

(١) منوف الشرع . جلسة ١٩٥٢/٣/٦ ، للحلقة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٨ - ص ٤٢٤ .

كوامل خلال الستين يوماً ، فإن عدتها تنقضى بهذا الإقرار ، لأن المقرر شرعاً أن رؤية الحيض لا يعلم من جانبها وحدها .
فالتطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا .

الفرع الثاني

التطليق للعيوب

٢٣٧- من الفقهاء من ضيقوا دائرة العيوب التي توجب لأحد الزوجين طلب التفريق إذا أصابت الآخر عيوب ، والبعض منهم وسع دائرتها ، والبعض الثالث لم يعتبرها سبباً موجباً للتفريق (١) .

وهم في ذلك ينقسمون إلى آراء ثلاثة :

الأول - يقول بمنع طلب التفريق مطلقاً ، إذ لا خيار لأحد الزوجين إذا ما وجد بالآخر عيباً من العيوب كالجذام ، والبرص ، والجنون والقرن .. إلخ (الظاهرية) .

الثاني - يجيز طلب التفريق لعيوب خاصة ، وهم فريقان :

فريق - يقول بأن لا تفريق إلا لعيوب خاصة في الرجل (الحنفية) -
وإختلف فقهاء الحنفية في عدد هذه العيوب .

فيحدها أبو حنيفة وأبو يوسف : بالجب ، والخصاء ، والعنة .

(١) الأحوال الشخصية - للشيخ عبد الوهاب خلاف - ص١٢٥ ، وحقوق المرأة - للأستاذ حسنى نصار - ص٢٢ والمرجع الوافى في قضاء الأحوال الشخصية - للفاضل أنور العمروسى - ص٢٦٢ - والأحوال الشخصية - محمد زكريا البريسى - ص٤٦٩ - والأحوال الشخصية للمستشار محمد البجوى ، ص٩٢٦ .

وحدهما محمد - بالجيب ، والخصاء ، والعتة ، والجنون ، والجنان ،
والبرص

إن هذه العيوب تحدث النفرة وتلحق ضرراً بالزوجة ويجب رفعه
لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار .

وأتفق الفقهاء على أنه إذا وجدت هذه العيوب بالمرأة فليس ثمة ما
يدعو الزوج إلى طلب التفريق لأنه يستطيع أن يطلقها رفقا بالمرأة ويشترط
الحنفية لكي تطلب الزوجة التفريق بسبب عيوب الجيب والخصاء والعتة
الشروط التالية :

١- ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ولو مرة واحدة .

٢- ألا تكون الزوجة عالة بالعيوب وقت النكاح .

٣- ألا ترضى بالعيوب بعد علمها به ، وألا تصرح برضاها بالبقاء معه
على تلك الحال ، وألا يكون سكوتها رضا بالعيوب .

٤- ألا يكون بالزوجة عيب يمنع من الإتصال الجنسي بها كالرتق (١)
والقرن (٢) فإذا وجد بها هذا العيب لم يكن لها الحق في طلب التفريق لأن
المنع من الإتصال الجنسي الذي هو حقها قد فات بسبب من جهتها فلا
يكون الزوج ظالماً في إمساكها حتى يؤثر برفع الظلم عنها بالتفريق .

وفريق - يطلق طلب التفريق بسبب العيوب الخاصة سواء أكانت في
الرجل أو في المرأة (الشافعية ، الحنابلة ، المالكية ، الزيدية ، والشيعة ،
والجعفرية) هؤلاء يختلفون مع الفريق الأول في عدد العيوب التي يثبت
بها حق طلب التفريق وفي أن هذه العيوب تجيز طلب التفريق سواء أكانت
في المرأة أو في الرجل .

الثالث - يجيز طلب التفريق مطلقاً (شريح ، وابن شهاب ، والزهري ،
وابن ثور ، وابن القيم) .

(١) الرتق هو إنسداد موضع إتصال الرجل بالمرأة إتصالاً جنسياً .

(٢) القرن هو غدة بالمرأة تمنع الإتصال الجنسي

٢٣٨ - هل التفريق بالعيب طلاق ؟

فى المسألة خلاف ...

فيرى الحنفية والمالكية - أن طلاق القاضى عليه هو طلاق بائن ، لقوله تعالى « فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقد فات الإمساك بالمعروف بسبب العيب فوجب على الزوج أن يطلق ، فإذا لم يطلق طلق عنه القاضى وكان طلاقه بائناً دفعاً للضرر حتى لا يعود بالمراجعة ..

ويرى الحنابلة والشيعة والشافعية والزينية أن التفريق للعيب فسخ لإطلاق ذلك أن الفرقة تتم بإختيار المرأة ولا يد للزوج فيها ولا إختيار فلا تكون طلاقاً لأن المرأة لا تملك الطلاق أصلاً .

والراجع - ما ذهب إليه الحنفية وبه أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (١٠م) (١) .

٢٣٩ - أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق للعيب :

تناولت أحكام التطليق للعيب مواد ثلاثة هى :

٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

فقد نصت المادة ٩ منه على أنه :

« للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها معه إلا بضرر كالجنون والجرام والبرص سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق (٢) .

(١) الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد زكريا الهريسي حيث يقول أن النص الشرعى يشهد للحنفية ومعقول غيرهم - ص ٤٧٧ .

(٢) ويعلق الدكتور مصطفى الرفاعي على المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تحت عنوان -

ونصت المادة ١٠ منه على أنه:

« الفرقة بالعيوب طلاق بائن » .

ونصت المادة ١١ منه على أنه :

« يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها » .

والمستفاد من نص المادة ٩ أن العبرة بكون العيب مستحكماً ، وبراءة الزوجة به إن كان العيب بالزواج قبل الزواج ، وبعد رضائها بالعيوب بعد العلم به صراحة أو دلالة . فإن لم يكن العيب مستحكماً ترفض دعوى التطليق . وكذلك الشأن إذا كانت قد إرتضت معاشرة الزوج بعد علمها بالعيوب صراحة أو ضمناً وإن مناه ذلك حصول الضرر .

والعيوب ليست محصورة في القانون ، فمنها عيوب مرضية كالتي وردت بنص المادة ٩ (الجنون والجذام ، والبرص) ومنها عيوب تحول دون إتيان المرأة جنسياً أو الإتصال بشهوتها ومنها (العناء ، والخصاء ، الجب) .

فالعنين - هو من لا يقدر على مباشرة النساء .

والمجبوب - هو الذي إستؤصل عضو تناسله .

والخصى - هو الذي سلت خصيتاه .

وفي حال طلب التطليق للعنة والخصاء يمهل الزوج سنة قمرية لعل في تغيير الفصول ما يكشف عما إذا كان مرضه عارضاً أم مستحكماً - فإذا عادت الزوجة وادعت أنه لم يباشرها جنسياً طلق عليها القاضي طلاقاً بائناً .

وعلى كل حال فإنه يمكن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في إثبات

= (La déclaration pour maladies contagieuses) .

مثلاً :

(L'article de cette loi prévoit les maladies contagieuses et a adopté les mêmes prescriptions que la loi ottomane sur les droits de famille) .

قيام العيب وكونه عارضاً أو مستحكماً ، ومدى ما يلحق بالزوجة من الضرر ، لأن ذلك أمر نصت عليه المادة ١١ صراحة .

وقد قضى (١) بأن عنة الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع إنعقاده في شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعي نفسه ، وهي مانع يتصل بامر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر (الزوجة) .

وقضى (٢) بأنه إذ كان يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطاعة اقامت دعواها بطلب التطلق من زوجها المطلعون ضده على سببين :

أولهما : جنونه ، وثانيهما : إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وكان الحكم المطلعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعة مكتفياً بحديث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإنه يكون قاصراً بما يوجب نقضه .

إن تطبيق قيام العنة والجب والخصاء كمانع طبيعي أو عرضي لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية ، مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها قائماً على أسباب سائفة (٣) .

الأصول الشرعية في التطلق للعيب :

١- إذا كانت الزوجة تطلب الحكم بالتطلق على زوجها للقول بأنه مصاب بمرض تناسلي معدٍ ، وكان الزوج قد أقر بالجلسات بأنه فعلاً مصاب بهذا المرض وأنه يعالج منه ، إلا أنه دفع ذلك بأن المرض قد إنتقل إليه من زوجته إذ هو وراثي في عائلتها كما يشهد بذلك الأطباء المعالجون ، فإن دعوى التطلق من ثم تكون مستوجبة عدم السماع ، إذ هي المتسببة فيما

(١) نقض - جلسة ٢٧/٥/١٩٧٠ - مجموعة للكتب الفني - السنة ٢١ - مدني وأحوال ، العدد ٢ ص ٩١٤ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ٤/١١/١٩٧٠ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص ١١١٤ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١/٧/١٩٧١ - مجموعة للكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٩٧٢ .

أصاب الزوج ، فليس عدلاً أن يستفيد المخطيء من خطئه ، والأثم من إثمه .
٢- المقرر شرعاً أن للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها إذا وجدت به عيباً لا يمكن شفاؤه (رائحة الفم الكريهة) ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها الحياة معه إلا بضرر .

٣- المقرر في مذاهب المالكية والشافعية والحنفية أن العجز الجنسي الذي يصاب به الزوج بعد الدخول بزوجه لا يصلح سبباً للتفريق بينهما ، وعلى هذا قضاء المحاكم الشرعية في الإقليم المصري ، لأن المقرر شرعاً أن الزواج ليس علاقة جنسية فحسب ، ولا حيوية زوجية وافقة ، وإنما هو أساس العمران وسبب استمرار الكون ، إذ يخلق بين الناس المودة والرحمة وتسكن النفوس بعضها إلى بعض .

الفرع الثالث

التطليق للضرر

٢٤٠- الضرر الذي يصدر من الزوج إما أن يكون إيجابياً ، وإما أن يكون سلبياً ، فالضرر الإيجابي ما يصدر من الزوج من قول أو فعل يوجب تأذى الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بين الزوجين كالضرب المبرح والسب المذع (١) .

وقد قضى (٢) بأن الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها . والإيذاء بالقول مثل القذف والسب والتشهير والإيذاء بالفعل مثل الضرر وتبديد منقولات الزوجة وسرقة مالها ومصاغها ، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر ، ولا رقابة عليها في ذلك

(١) الشيخ خلاف - ص ١٣٥ - وحسنى نصار - ص ٤٢٦ - ومحمد جواد مغنية - ص ١٩١ - وأبور العمروسى - ص ٢٧٥ - وزكريا البرديسى - ص ٤٨٩ - ومحمد الدجوى - ص ٢٥٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/٨ - مجموعة المكاتب الفنى - السنة ١٣ - مدنى وأحوال - العدد - ص ٤٨٢ وما بعدها .

من محكمة النقض ما دام أنها إستقبلت على ذلك بألفة سائفة .

كما قضى (١) بأن معيار الضرر شخصى لا مادى .

كما قضى (٢) بأن الضرر اللوجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها فلا يوجب تعديه على أحد من أهلها تطليقها عليه ، ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها .

وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها بأن يحضر صواحيبه فى منزلها ، ولا يؤخذ الزوج بالظنة والإتهام ، بل من الألفة القاطمة .

والضرر السلبى هو هجر الزوج الزوجة ومنها مما تدعو إليه الناحية الجنسية وقد اختلف الفقهاء فى إجازة طلب الزوجة التفريق بالنسبة للضرر الإيجابى .

فيرى الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والشيعية ، والجعفرية - أنه ليس للزوجة هذا الحق .

ويرى مالك - أن الخيار للزوجة إن شامت الإقامة مع زوجها والقاضى يتولى حينئذ زجر الزوج - وإن شامت طلب التفريق ، فإن لم يطلق الزوج طلق عليه القاضى والطلقة تكون بائنة ، والأصل الذى يرجع إليه عندهم فى تقدير الضرر هو العرف والبيئة التى يعيش فيها الزوجان - ولا يطلق القاضى عند المالكية إلا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها قد ألحق بها الضرر قولاً أو فعلاً حسب العرف والبيئة ، وثبوت ذلك يكون بالبيئة وهى لا تكون إلا من رجلين فلا تقبل فيها شهادة النساء . وإن عجزت الزوجة عن إثبات دعواها رفضها القاضى . وإن تكررت الشكوى مع العجز عن الإثبات وطلبت مع ذلك التفريق بعث القاضى حكمين أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن ذلك ، فإن لم يمكن بأن لم يوجد فى أهل كل منهما من يصلح لذلك بعث أجنبيين ولا يبعث حكماً من أهل أحدهما مع الأجنبى .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٩٧ .

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٨/١/٣ - للجموعة الرسمية - السنة ٥٤ العدد ٢١ - ص ١٠٦ .

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عاقلين رشيدين عالمين بما يطلب
منهما شرعاً .

فإنما ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوج طلقها عليه طلاقاً بائناً بلا
عوض ، وإن ظهر لهما أن الإساءة من الزوجة ، كانت بالخيار بين أن يبقيا
على الحياة الزوجية ويأمر الزوج بالصبر وحسن للعاملة ، وبين أن
يخلعاها نظير عوض يلزماتها به وإن كانت الإساءة من الجانبين بقدر من
الأذى متساو طلقها منه بلا عوض (على قول) أو بعوض يسير (على قول
آخر) . وإن كانت الإساءة من الزوج أكثر طلقها عليه بلا مال ، وإن كانت
الإساءة من المرأة أكثر طلقها بعوض لا يصل إلى صداقها . ويعد أن ينتهي
الحكمان من مهمتهما يرفعان رأيهما إلى القاضي الذي يحكم بما رآه دون
مناقضة .

وأدلة الجمهور تقوم على المعقول قولاً بأن الطلاق خالص حق الزوج
فلا يملك القاضي إيقاعه بغير رضاه في غير ما نص عليه ، والعدوان من
الزوج لا يقتضى التفريق لأن الحاكم يملك رفع الظلم .

بينما يستدل المالكية على نظرهم بالأية : « فإمساك بمعروف أو
تسريح بإحسان » .

وبالحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، وبأن الضرر كالعيب المثبت للخيار
فيأخذ حكمه . ويرجع استاذنا الشيخ البرنيسى ما ذهب إليه المالكية ، لأن
معقول الجمهور لا يقف على قدميه أمام النصوص الصريحة التي إستدل
بها المالكية إذ لا معقول في مقابلة النص (١) .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمنهـب مالك (م ٨٠٧ ، ١٠) .

أما بالنسبة للضرر السليبي ، فنصوره :

(١) هجر الزوج الزوجة - يرى المالكية أنه يكون سبباً للتفريق عملاً
بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » - ويرى جمهور الفقهاء أن ذلك لا

(١) الأحوال الشخصية - للشيخ البرنيسى - طبعة ١٩٦٥ - ص ٤٨٢ .

يكون سبباً في التفريق (١) .

(ب) عدم القرين لعة الزوج - فإذا لم يقر الرجل بالعة ، أو لا يقر - فإن أقر أمهله القاضى سنة قمرية عند الحنفية كصنيع عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقد كان التقويم عند الصحابة قمرى ، ليتبين من مضى الزمن وتغيير فصول السنة ما إذا كان عيبه مستحكماً فيطلق عليه (عند الحنفية) ويتفق معهم الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة والجعفرية فى التأجيل خلافاً للمالكية ، أو أنه عيب عارض فلا تطليق - فإن مضت وعادت الزوجة إلى القاضى مصرّة على طلب التفريق لاستمرار عجز الزوج ، فإن أثر بهذا العجز أمره القاضى بأن يطلقها فإن إمتثل فيها وإلا طلق عليه ، ويعتبر الطلاق بائناً . وإن ادعى أنه إتصل بها فى خلال السنة فإن كانت ثيباً حين العقد عليها فالقول قوله مع يمينه لشهادة الظاهر له ، إذ الأصل فى الإنسان السلامة من العيوب ، فإن حلف ورفضت دعوى الزوجة ، وإن إمتنع عن الحلف فرق القاضى بينهما . وتلك الفرقة تعتبر طلاقاً ، أما إذا كانت بكرًا حين العقد عليها طلب القاضى عرضها على أهل الخبرة من الأطباء ، فإن ثبت كان القول قول الزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له . وإن ثبت أنها لا تزال بكرًا طلقها القاضى إن إختارت الطلاق - فإن أنكر الزوج العنة وقال أنه إتصل بها جنسياً بعد الزواج ، فإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج مع يمينه لشهادة الظاهر له ، لأن الأصل سلامة الإنسان من العيوب وإن كانت بكرًا حسبما أثبت الكشف الطبى الذى توقع عليها أجل القاضى الزوج سنة ، فإن مضت السنة وجاءت الزوجة مصرّة على طلب التفريق لعجزه أعيد الكشف عليها فإن أثبت الكشف أنها كما هى خيرها القاضى بين الفرقة وبين البقاء معه ، فإن إختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بتطليقها ، فإن لم يفعل طلق عليه لإمتناعه عن دفع الظلم عن الزوجة والمقاضى ولاية رفع المظالم . والخصى مثل العنين فى التأجيل سنة ولا كذلك المجهوب إذ لا فائدة ترجى من التأجيل .

(١) دمياط الكلية - الدائرة الأولى للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ - القضية ١٦ سنة ١٩٧١ أحوال كلى - وجلسة ١٩٧٢/٢/١٠ - القضية ١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى - وجلسة ١٩٧٢/٢/٢٦ - القضية ٦٢ سنة ١٩٧١ أحوال كلى .

(ج) عدم القرين بغير عذر - وقد اختلف الفقهاء في الفقرة لهذا السبب ، فيرى الحنفية والشافعية وقول للمالكية وظاهر قول الحنابلة - أنه لا يفرق بينهما ويرى الحنابلة في قول لهم والمالكية في قول أنه يفرق بينهما إن تركها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضرراً عملاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

ويرجع استنادنا الشيخ البرديسي الرأي القائل بالتفريق ، لأن إمساك الزوج لزوجته في هذه الحالة إمساك بغير معروف وإذا ثبت ذلك وجب المصير إلى التسريح بالتفريق (١) .

من حيث أن المدعية طلبت تطليقها من زوجها المدعى عليه للضرر الذي لحقها من جراء مرضه بالشلل في نصفه الأسفل الذي أعجزه عن قرين النساء وإنها شابة تتضرر من ذلك ، وكان المرض ليس من مشتملات التطليق للضرر التي نص عليها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كما يعلم ذلك من مراجعة المواد من ٦ إلى ١١ والمذكرة الإيضاحية ، لأن التطليق للضرر شرع في حالات كسوء المعاشرة والهجر وما إلى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه ، أما المرض فهو عرض من الأعراض البشرية التي ليس للإنسان دخل فيها ، ولم يغفل الشرع بل عالج هذه الحالة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المواد ٩، ١٠، ١١ منه) (٢) .

٢٤١ - أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في التطليق :

تناولت أحكام التطليق للضرر المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنصت المادة ٦ منه على أنه :

« إذا إبتعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض

(١) الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسي - للرجع السابق - ص ٩٦

(٢) نجع حمادي الشرعية - جلسة ١٩٤٥/٤/٢٤ - للحامدة الشرعية - السنة ١٨ - العدد ١ - ص ٦٦

الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمن على الوجه للبين بالمواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ .

ونصت المادة ٧ منه على أنه :

« يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما » .

ونصت المادة ٨ منه عن أنه :

« على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرارها » .

ونصت المادة ٩ منه على أنه :

« إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة » .

ونصت المادة ١٠ منه على أنه :

« إذا اختلفت الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن إستمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » .

ونصت المادة ١١ منه على أنه :

« على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقرانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه وهذه الأحكام مأخوذة من مذهب مالك » .

المقرر في قضاء النقض أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعوى إعتراضها على إعلان زوجها بدعوتها لطاعته طبقاً لنص المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فإن تبين للمحكمة أن الخلاف مستحكم بعد محاولتها الإصلاح بين الزوجين إتخذت إجراءات التحكيم ، وتكفى للتطبيق في هذه الحالة مجرد ثبوت إستحكام الخلاف بين الزوجين دون تحرر لسببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه ، وعليها أن تقضى وفقاً لما أورده الحكمان إذ أن طريقتهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة ، وهو ما يختلف عن التطليق للضرر

عملاً بنص المادة السادسة من ذات القانون والتي تتطلب للقضاء بالتطليق ثبوت تعمد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو بالفعل على نحو لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما (١) .

ومن صور الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين :
الضرب المبرح ، والسب ، والإكراه على محرم .

وقد جاء بالملف الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى خصوص المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ الخاصة بأحكام التطليق للضرر ما يلى :

« الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة ، لا يقتصر اثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة . وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام - تطالب الزوجة بالنفقة ، ولا غرض لها إلا إحراج الزوج : بتفريغ المال ، ويطالب بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتعكن من إسقاط نفقتها وإن تنالها يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور . هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من إشكال فى تنفيذ حكم الطاعة وتنفيذ الحبس لحكم النفقة . وما قد يؤدى إلى استمرار الشقاق من الجرائم والآثام . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جليلة مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين ، عدا الحالة التى يتبين للمحكمة أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكمة على قسم عرى الزوجية بلا مبرر» .

ومن الضرر الموجب للطلاق إبتزاز الزوج أموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية - ولا يشترط فى مثل هذا النوع من الضرر إقامة الزوجة مع زوجها لأن الضرر يشترط فيه ذلك هو الضرر الجسمانى

(١) نقض - جلسة ١٠/٢/١٩٩٧ - الطعن ٥٠ لسنة ٦٢ق (أحوال) منشور فى المحيط فى الأحوال الشخصية للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ ص ٢٤٥ .

فإمتناعها عن طاعته لا يعود عليه لأن الضرر متحقق بالخصومات الناشئة بسبب أموالها (١) .

المراد بالعشرة الواردة بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الإحتياط والمخالطة وهي كما تكون بعد الدخول تكون قبله ، وعلى ذلك لا يسمع دفع دعوى الطلاق للضرر بعدم السماح لعدم الدخول ومذهب الإمام مالك وهو المصدر التشريعي للمادة السادسة المذكورة لا يفرق بين الدخول بها وغير الدخول لها في طلب التطلاق للضرر فتسمع الدعوى في كليتهما ، سلوك الزوج في مقاضاة الزوجة وطلول الخصومات بينهما قرينة على إستحالة العشرة بينهما .

ولا يعتبر القاضي خصماً لمن حكم عليه بحكم وظيفته . ومتى قرر الحكمان إستحالة العشرة بين الزوجين فرقت المحكمة بينهما (٢) .

إرتياب الزوج في سلوك زوجته لا يبيح له شرعاً رميها بالزنا ولا يصح أن تلتمس العار في ذلك إذ رماها به - إذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناً وبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي ، كان ذلك إضراراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها (٣) .

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها ، فلا يوجب تعدية على أحد من أهلها تطليقها عليه ، ولا يسمى هذا ضرر واقع عليها بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما - كما أن فسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها بأن يحضر صواحبه في منزل الزوجة على ما جرى به مذهب الإمام مالك الذي أخذت

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/١٠ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٤٠٩ - وممياط الإبتنائية الشرعية - جلسة ١٩٧٤/٦/٢١ - القضية رقم ٧٤ سنة ١٩٧٣ لحوال نفس كلي .

(٢) الجيزة الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٤١٩ .

(٣) بني سويف الكلية - جلسة ١٩٥٤/٢/١٠ - للحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص ٣٢٦ .

منه المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .. ولا يؤخذ الزوج بالظنة والإتهام، بل لابد من الأثلة القاطعة (١) .

هل يعتبر الزواج بأخرى ضرر ؟

إن النص في المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مفاده أن المشرع إشتراط للحكم بالتطليق وفقاً لحكم هذا النص أن تثبت الزوجة وقوع الضرر بها لإقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه نواام العشرة بين أمثالهما ويعجز القاضى عن الإصلاح بينهما .

ولا يعد مجرد الزواج بأخرى في حد ذاته ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطليق ، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع . وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد ، وإن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها فإن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً لحدود الله (٢) .

وجوب إثبات التطليق للضرر طبقياً لأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة :

تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها ، وإذا كان للمشرع بعد أن نقل حكم التطليق للضرر من مذهب مالك لم يحل في إثباته هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن ، فيتعين الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ سالفه

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥١/٦/٢ - الحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ١٠٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ - الطمن ٥٤ لسنة ٦٢ ق المحيط - للمستشار حسن منصور .

الذكر ، فتكون البينة من رجلين أو من رجل أو امرأتين في خصوص التطبيق للضرر (١) .

إدعاء الزوج بمعاشرة الزوجة قبل الزواج وحملها منه مضارة توجب القضاء بالتطليق :

إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فبيينا علق عليه بأن الطاعة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها ، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان في إستطاعته ألا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد ، وذلك رباً على إدعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه في حقها كان تنقيذاً لوعيده أمام السفير المصري بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى الطلاق ، وأن هذا يكفي لإثبات الضرر بما لا يمكن معه إستدامة العشرة . ولما كانت العبارات التي أورعها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع في القضية التي رفعتها عليه الطاعة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته في التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة لم يكن يستلزم أن يتهمها في خلقها وعفتها مدعيّاً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع في الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه . وإذا كان الموضوع صالح للفصل فيه وكان ما نسب للمطعون عليه إلى الطاعة على الوجه المتقدم ينطوي على مضاره بتطليق الطاعة من المطعون عليه طلاقاً بائناً للضرر

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٦/٥ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص ٩٧٩ .

عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالاً بالطلاق البائن أو مآلاً بالطلاق الرجعي إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يضاف محلاً لوقوعه ، ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق .

إن النصوص عليه شرعاً أن الإقرار بالطلاق كاذباً يقع قضاء لا ديانة ، وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقها وعديت عنها ، والحال أنه لم يطلقها ، بل أخبر كاذباً ، فإنه لا يصنق قضاء - في إبعاده أنه أخبر كاذباً - ويدين فيما بينه وبين الله تعالى (٢) .

مناط مهمة الحكمين قبل الحكم بتطليق الزوجة:

إن مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه إذا كررت الزوجة شكواها طالبة للتطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها بالتفريق ولم يثبت ما تشكو منه ، فإنه يتعين أن يبعث القاضي حكمين على النحو المبين بالمواد من ٧ إلى ١١ من القانون المذكور ، وهو حكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين - ولما كان الثابت أن للطعون عليها أقامت دعواها الأولى للتطليق للضرر ، وقضى برفضها نهائياً لعجزها عن الإثبات ثم أقامت دعواها الحالية بنفس الطلبات وقضى فيها إبتدائياً بالتطليق ، ولما كانت محكمة الاستئناف بعد أن ألغت حكم محكمة أول درجة بالتطليق - لعدم الإطمئنان إلى أقوال شهود المطعون عليها - قد مضت في نظر الدعوى وقضت ببعث الحكمين تطبيقاً لما يوجب على النحو السالف البيان ، ومن ثم كان النعي على الحكم في غير محله .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٤/١/٥ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢٥ - مدني واحوال - ص ٩٧٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢٥ - مدني واحوال - ص ٥٢٦ .

إن مؤدى نصوص المواد ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبدلا جهدهما فى الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها ، وإن عجزا عن الإصلاح وكلنت الإساءة من الزوج أو الزوجين معا أو جهل الحال ، ولم يعرف من أى جانب كانت الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة ، وإذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرران ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه . وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ، ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كان من جهة الزوجين ، لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم ، فإن إتفق الحكمان نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه ، وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فراق ، لأن إلى كل منهما ما إلى صاحبه بإجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم للمطعون فيه أن الحكمين الآخرين كسابقيهما اختلفا ولم يقررا بجهل الحال ، وكان يتعين إزاء اختلفاهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقاً لحكم المادة العاشرة من القانون ، وإذا إستنتج الحكم جهل الحال من إختلاف الحكمين ، وقضى بتطبيق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعاً لذلك ، على أن يحكم القاضى بالتطبيق حسبما قرراه عملاً بحكم المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون ، لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

الأصول الشرعية فى التطبيق للضرر :

(١) إذا كان الثابت أن الزوج قد بعث إلى زوجته خطاباً مليئاً بمختلف ألوان الشتم والسباب ، وإتهمها فيه بالبرود الجنسي ، وأنه إعترف فى تحقيقات النيابة بمحتوى هذا الخطاب ، ووجه إليها أثناء التحقيق لفظاً نابياً

(١) نقض - جلسة ٢٠/٢/ ١٩٧٤ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص ٢٧٩ .

اثبت المحقق بالحضر ، فإن ذلك كله يكفى للقضاء بتطليقها عليه .

(٢) إنا كان الثابت بالأوراق أن الزوج قد تعدى على زوجته بالطريق الزرعى والقى بها من سيارته فى طريق موحش ، وإمام عمال محطة البنزين ، وما أصابها من ضرر جسمانى ونفسى ، يخلو لها حق طلب التطلاق عليه .

(٣) إن تعدى الزوج على زوجته بالضرب والسب لتأخرها فى إعداد الطعام ، تكفى كل واقعة منها سبباً للتفريق متى ثبتت ولو لم تتكرر ، ويثبت الضرر بشهادة الشهود ، ونصاب الشهادة فى حدها الأدنى رجلان أو رجل وإمرأتان .

(٤) إن ضبط الزوج فى شقة خاصة تدار للقمار ، مرتكباً فعلاً فاضحاً ، فإن ذلك يعد ضرراً معنوياً يتعدى أثره إلى زوجته ، ينال من شرفها ويخش كرامتها ، مما يخلو للزوجة طلب التطلاق للضرر .

(٥) ضبط الزوج فى شقة خاصة يستأجرها ليمارس فيها هواياته ويقضى فيها أوقاتاً لا يعود منها لمنزل الزوجية إلا بعد الثالثة صباحاً يومياً - فإن ذلك يكفى للقضاء بتطليق زوجته عليه ، لما ينطوى فعله عليه من إحتقار لأنوثتها وإمتهان لكرامتها .

(٦) ضبط إمرأة مع الزوج فى منزل الزوجية فى حالة سكر بين مما يثير الشك ويبعث فى نفس الزوجة التى تركها فى المصيف ريبة ، إذ يعتبر هذا العمل تحدياً لعواطفها مؤلماً وجارحاً ، وفى ذلك من الإساءة إليها والإضرار بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، مما يبيح لها طلب تطليقها عليه للضرر .

(٧) المقرر أن الضرر هو ما لا يجوز شرعاً (المذهب المالكي) ، ومذهب مالك هو المصدر التشريعى لقوانين الطلاق فى مصر . ومن أنواع الضرر الموجب للطلاق هجر الزوجة بأن يمتنع الزوج عن الكلام معها بلا سبب ، أو يحول وجهه عنها فى الفراش ، أو يتفرغ للعبادة ، والسبب ، كأن يسب زوجته ويسب أباهها بالألفاظ التى تعود الرعاع ترديدها ، أو يؤثر إمرأة أخرى عليها ، أو يمنعها من زيارة والديها أو يأخذ مالها ... وما إلى ذلك من

أنواع الإيذاء اللفظي أو النفسي ، وهى كلها موجبة للتطليق .

(٨) المقرر أن هجر الزوج لزوجته يعتبر من الأضرار التى تجيز للزوجة طلب التطليق ، وكما يكون الهجر بعد الدخول بالزوجة فإنه يكون كذلك قبل الدخول بها .

(٩) إذا كان الثابت أن الزوج قد تقدم ببلاغ إلى النيابة العامة يتهم فيه زوجته بالزنا مع شخص معين (أو غير معين) ، وثبوت عدم صحة هذا الإتهام ، فإن ذلك دليل على الضرر الذى يجيز للزوجة طلب التطليق .

(١٠) إذا كان الزوج قد أقام دعوى مستعجلة بطلب إثبات حالة زوجته قطعاً لدابر الشائعات التى أحاطت بسلوكها خلال فترة غيبته فى البعثة الدراسية ، فإنه فضلاً عن قيام حقها فى عدم قبول عرضها على الطبيب الشرعى لإجراء الكشف عليها ، لما كان فى ذلك من إهدار أرميتها وامتهان لها ، فإن تلك الدعوى تشكل ضرراً للزوجة تجيز طلب التطليق .

(١١) لا يعد سكوت الزوجة عن المطالبة بالتطليق لجنون زوجها مانعاً من رفع الدعوى للرضا بحالته ، لأن هذا السكوت إنما يكون أملاً فى شفائه واستمرار الحياة الزوجية بينهما .

(١٢) إذا كان الثابت إنصراف الزوج المدعى عليه إلى تعاطى الخمر والإدمان عليها ، وإهمال شئون زوجته ، والإلتجاء إلى التصرف بالبيع فى مقتنيات الزوجة والأولاد حين تعوزه شربها ، فإن فى ذلك من هو أشد ضرراً بالزوجة المدعية من سبها وسب أبيها ، خاصة إذا كانت الزوجة من القانتات الصالحات ، بما يجعلها فى عسر من أمرها حين ترغب على معاشرة زوج فاسد عرييد وسكير - إذ كان ذلك ، وكان الاتفاق بين الفقهاء أن أوجه الضرر وأسبابه متعددة ، وتختلف باختلاف طبائع الناس وعاداتهم وتقاليدهم وما نشأوا عليه من قيم ومعايير خلقية - إذ كان ذلك فإن الضرر الذى حاق بالزوجة المدعية من جراء أفعال وتصرفات زوجها المدعى عليه يستحيل معه دوام العشرة بينهما ويتعين لذلك القضاء بتطليقها عليه طلاقاً بائناً .

مناط حجية حكم رفض طلب التطلاق للضرر :

إن النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطلاق لذات السبب وهو الضرر ، على أن تستند في ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها - لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن الموضوع مختلف في الدعويين ، لأن الدعوى الأولى رفعت عن الوقائع السابقة عليها ، أما الدعوى المماثلة فهي عن واقعة أخرى إستجندت بعد صدور الحكم في الدعوى الأولى إذا حدثت عند إنصراف المطعون عليها عقب نظر الاستئناف المرفوع عن دعوى الطاعة ، ولما كان من حق المطعون عليها أن ترفع دعواها بالتطلاق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها ضرر إدعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون (١) .

الفرع الرابع

التطلاق لغيبة الزوج

٢٤٢- إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تخاف فيها على نفسها الفتنة ، فهل تكون هذه الغيبة سبباً في طلب التفريق بينهما وبين زوجها ؟ .

ذهب الحنفية والشافعية والزيدية والجعفرية إلى أن هذه الغيبة لا تكون سبباً في التفريق بين الزوجين - سواء أكانت هذه الغيبة بعذر (كالغيبة للتجارة أو لطلب العلم) أو لغير عذر .

وذهب الحنابلة - إلى أنه يفرق بين الغيبة التي بعذر والتي بغير عذر -

(١) نقض - جلسة ٢٠/٢/١٩٧٤ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى واحوال - ص ٢٧٩ .

فالأولى لا تكون سبباً في طلب التفريق ولا يطلق القاضى بسببها ، والثانية
وهى التى تكون سبباً للتفريق ويطلق بها القاضى إذا كانت مدة الغيبة ستة
أشهر وأعذر القاضى إلى الزوج ، إذا كان يمكن أن يصل إليه الأعذار . وإلا فلا
داعى له لإعدام فائدته ، وقيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر لأن عمر
رضى الله عنه إستفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها
فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر .

وذهب مالك - إلى أنه إذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة ستة بناء
على الرأى الراجع فى المذهب سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر . فإما أن
يكون الزوج فى مكان بحيث يصل إليه إعتذار القاضى لم لا .

فإذا كان يصل إليه إعتذار القاضى ، أعذر إليه بأن يحضر إلى البلد التى
تقيم فيه الزوجة أو ينقلها إليه ، وإلا طلق ، وضرب له الأجل المناسب الذى
يراه ليقوم بما طلب منه ، فإن فعل كان بها وإلا طلق عليه القاضى بعد
مضى الأجل بناء على إصرار الزوجة على طلب التفريق (١) .

أما إذا كان الزوج فى مكان مجهول أو فى مكان لا تصل إليه الرسائل ،
فإن القاضى يطلقها عليه بدون إعتذار .

وقد كان العمل جارياً فى الإقليم المصرى قبل صدور القانون رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٩ على عدم التفريق بسبب الغيبة طبقاً لمذهب الحنفية ومن
وافقهم - لكن عدل عن ذلك بعد صدور القانون المذكور ، حيث أصبح العمل
يجرى على التفريق بسبب الغيبة ، ومصدر القانون فى ذلك مذهب المالكية
والحنابلة ، حيث أخذ من كل ما يتعلق ومصلحة الناس ، فقد أخذ برأى
مالك فى مدة الغياب وهى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً (٢٢، ١٢م) ولم
يأخذ برأى الحنابلة فى هذا الشأن ، وأخذ برأى الحنابلة فى التفرقة بين
الغيبة التى بعذر والتى بغير عذر ، فأجاز التفريق بالغيبة التى بلا عذر
مقبول .

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص ١٢٢ ، وحسنى نصار - ص ٤٢٠ ، ومحمد
مفنية - ص ١٩١ ، وإبراهيم العمروسى - ص ٣٦٦ ، وذكريا البرديسى - ص ٤٩١
ومحمد الدجوى - ص ٢٨٥

٢٤٣- أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى التطلاق لغيبه الزوج :

تضمنت المادتان ١٢ ، ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام التطلاق لغيبه الزوج فنصت المادة ١٢ على أنه :

« إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطلقها إنا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، (١) .

فيستفاد من نص هذه المادة أنه لكى تطلب الزوجة تطلقها أن يكون الزوج قد غاب مدة لا تقل عن سنة . وأن يكون غيابه بغير عذر مقبول . فإذا كانت مدة الغياب تقل عن عام عدد أيامه ٣٦٥ كما تذهب إلى ذلك المادة ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أو كان غيابه بعذر مقبول ولو تجاوز هذه المدة فلا يجوز للزوجة طلب التفريق ، كما أن طلب التطلاق هذا مشروط كذلك بأن ينال الزوجة من هذا الغياب ضرر ، ولا يغنى عن ذلك أن يكون قد ترك لها قبل غيابه مالا تنفق منه . كما يلاحظ على هذا النص أنه أجاز طلب التطلاق إذا ما توافرت جميع الشروط ولم يوجب طلب ذلك ، تاركاً الأمر لتقدير الزوجة .

والضرر الذى يعتد به هنا هو الضرر المحقق لا الإحتمالى أو المتوقع حصوله .

ونصت المادة ١٣ منه على أنه :

« إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضى أجلاً واعذر إليه

(١) فقد قضى بأن المقرر شرعاً وقانوناً أن غيبه الزوج لغير عذر شرعى ولمدة تزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى ترخص للزوجة طلب تطلقها عليه متى تضررت من غيبته ، كأن كانت تخشى الفتنة ، ذلك أن معيار الضرر هنا شخصى لا يعلم إلا من جهتها وحدها ، وأن هذا السبب وحده (الغياب) كاف لتطلقها عليه طلاقاً بائناً ولو كان ينفق عليها (بمياط الإبتدائية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ - القضية رقم ٥ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس كلى ، ونفس للمبدأ ، ونات الجلسة - القضية رقم ٩٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلى) .

بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها - فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عنراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطبيقه بانه ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا عنذار وضرب أجل .

وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن التطبيق لغيبه الزوج :

« وقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عنذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أو الانقطاع للواصلات ثم لا هو يحمل زوجته إليه ، ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب وإن ترك الزوج لها مالاً تستطيع الإنفاق منه . »

الفرع الخامس

التطبيق لحبس الزوج

٢٤٤- لا يجيز الحنفية التفريق بسبب حبس الزوج (كما لا يجيزونه بسبب غيبته بعذر أو لغير عذر) .

وقد كان العمل جارياً فى الإقليم المصرى قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على هذا المذهب ، إلى أن صور ذلك القانون فجرى العمل على التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بحكم نهائى (م ١٤ منه) . وقد إشتراط مضى سنة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلاً لأن الفرقة فى الحبس للضرر الواقع بالفعل وليست للضرر المتوقع واشتراط كذلك أن تكون مدة الحبس ثلاث سنوات لتتأس الزوجة من عودة زوجها عودة قريبة حيث يتحقق الضرر أخذاً بالمذهب المالكى الذى يجيز التفريق بين الزوج والزوجة بسبب الغيبة سواء اكانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر ، والغيبة بسبب الحبس غيبة بعذر (١) .

(١) المراجع السابقة .

ولم يأخذ القانون بالذهب الحنبلى الذى لا يفرق بين الزوج وزوجته فى الحبس إذ الغيبة فيه يعذر ، كما فعل بالنسبة للغائب ، نظراً لأن المحبوس إنما حبس وهو كذلك ليس جديراً بالعطف ، والأنسب به التشديد زجراً له .

كما لم يأخذ بالذهب الحنبلى فى عدم التفريق بسبب الحبس لما سبق من تعليل لم يأخذ به أيضاً فى إعتبار التفريق فسخاً وليس طلاقاً ، تأسيساً على أنه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يفوض أحداً عليها ، وإنما هى فرقة بحكم القاضى فتكون فسخاً .

أما إعتبار القانون تطليق القاضى بسبب الحبس طلاقاً بائناً كما هو نص المادة ١٤ منه ، فقد إستمد ذلك من المذهب المالكى ، فقد جاء فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٢ : « وكل طلاق أوقعه الحاكم (أى القاضى) كان بائناً إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة فإنه يكون رجعيًا » .

٢٤٥- أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق
حبس الزوج :

تضمنت المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام تطليق الزوجة لحبس الزوج فنصت على أنه :

« ولزوجة المحبوس للحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

فيشترط لكى يحق للزوجة طلب التطليق توافر ما يلى :

١- أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية (الحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة) . فلو قضى فى حقه بعقوبة غرامة ، ولو نفذت عليه بطريق الإكراه البدنى ، فلا يتوافر هذا الشرط .

٢- أن يكون الحكم القاضى بالعقوبة قد صار نهائياً وتنفذ بالفعل ، فلو كان غيائياً أو حاضورياً مطعوناً عليه بالإستئناف أو كان غيائياً إستئنافياً فلا يكون سبباً لقبول دعوى التطليق .

٣- أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر ، فإن كانت مدة العقوبة أقل من ثلاث سنوات كانت الدعوى مرفوضة بالنسبة لهذا السبب .

٤- أن يكون الحكم قد نفذ على الزوج بالفعل ، فلو كان هارياً منه مثلاً فلا يكون سبباً لقبول دعوى التطليق .

٥- أن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة عدد أيامها ٣٦٥ يوماً من تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بالعقوبة المقيدة للحرية على الزوج ، فلو رفعت قبل إنتهاء السنة كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل أوانها .

وعلى الزوجة أن تقيم الدليل على صحة دعواها وأن تقدم على وجه خاص الوثيقة الرسمية الدالة على قيام الزوجية بينها وبين الزوج أن تقدم صورة من الحكم النهائي الدال على معاقبة الزوج بعقوبة مقيدة للحرية أو شهادة من الجدول أو أن تطلب من المحكمة ضم القضية الصابر فيها ذلك الحكم النهائي ، وأن تقدم شهادة بالتنفيذ الفعلي . كما أن لها أن تقيم الدليل على باقى العناصر بالبيئة الشرعية .

ولا ينفى وقوع الضرر بالزوجة أن يكون الزوج قد ترك مالا تنفق منه .
ويلاحظ أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن التطليق لحبس الزوج يكون بائناً .
وقد جاء بالملذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المادة ١٤ .

وقد يقترب الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب إجتماعى محتتم ، ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طال غيبته سنة فأكثر فتضرت من بعده عنها بعد أن يضرب القاضى له أجلاً . ويعذر إليه بأنه إما أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها عليه القاضى . وهذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق القاضى عليه بلا ضرب أجل ولا إعذار .

وواضح ان المراد بغيبه الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة فى بلد آخر غير بلد الروجة أما الغيبة عن بيت الزوجة مع الإقامة فى بلد واحد فهو من الأحوال التى يتناولها التطلاق للضرر والزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طال غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجة طلب التطلاق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد بإختياره أو قهراً عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها ،

أصول شرعية فى التطلاق لحبس الزوج :

(١) المقرر عند علماء الشريعة الإسلامية وفقهائها أن للمحكوم عليه فى جنابة بعقوبة مقيدة للحرية أهلية كاملة ، فله أن يطلق زوجته ، وله أن يعيدها إلى عصمته ، كما له أن يتزوج بأخرى ، ومن ثم فقد كانت له هذه الأهلية بالإرادة المنفردة دون الحصول على موافقة القيم عليه .

(٢) إذا كان الثابت أنه قضى على الزوج المدعى عليه بالسجن خمس سنوات ، وبعد مضى سنة ونصف من التنفيذ عليه أقامت الزوجة دعوى بطلب التطلاق عليه ، وقبل الفصل فى الدعوى أقرج عنه قبل مضى ثلاث سنوات ، فإن المقرر أنه ما دامت القضية قد رفعت مستوفية لشروطها المقررة فى القانون أى بعد مضى سنة من تاريخ حبس الزوج فى عقوبة مدتها ثلاث سنوات أو تزيد ، فإن للضرر يكون قد تحقق ولو أقرج عن الزوج قبل مضى ثلاث سنوات .

(٣) المقرر قانوناً أن الضرر يختلف باختلاف بيئة المضرور ومكانته فى المجتمع . وإن ما تتضرر منه زوجة من طبقة وبيئة معينة قد لا تضرر منه زوجته من طبقة وبيئة أخرى - إذ كان ذلك وكان الثابت أن والد الزوجة المدعية قد مات فى السجن ، وأن الشقيق الأكبر لها مسجون مع الزوج المدعى عليه - فإن مؤدى ذلك أن الزوجة من طبقة تعود أترابها دخول السجن والتردد عليه ومثلها لا يعير بدخول السجن الأمر الذى لا يشكل صراً لها يستوجب التفريق بينهما

٢٤٦- المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق :

كان الإختصاص بنظر دعوى الطلاق والفرقة بجميع أسبابها الشرعية والخلع والمباراة منعقداً للمحكمة الجزئية (الشرعية) وكان حكمها فى هذه الدعاوى قابلاً للإستئناف دائماً عملاً بالمادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، حيث تقول فى فقرتها الأولى : تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية ... :

فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية نص صراحة فى المادة ٨ منه على أن تختص المحكمة الابتدائية دائماً بدعاوى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين يجتمع أسبابها هذا ويلاحظ أن نصاب الشهادة هو شاهدان (رجلان أو رجل وامرأتان) فى مسائل الأحوال الشخصية لتعلق ذلك بقواعد موضوعية من النظام العام وفقاً لأحكام اللائحة الشرعية ، بحيث تعد مخالفتها خطأ فى القانون . أما إجراءات سماع الشهود فالتقانون الواجب التطبيق فيها القانونان ١٣ ، ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن المرافعات والإثبات . إعمال لأحكام القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (١) .

إثبات الطلاق الشفوى :

السبيل إلى إثبات الطلاق الذى لوقعه الزوج شفوياً ، هو رفع دعوى أمام المحكمة يطلب إثباته بشهادة الشهود أو بغيرها من طرق الإثبات .

أثر إقرار الزوج فى وصف الطلاق :

إذا أثبت الزوج فى وثيقة الطلاق (الإشهاد) - كيناً - وفى غيبة مطلقة

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ - الطعن ٤٨ سنة ٣٠ ق (أحوال شخصية) - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مبدئى - العدد ١ - ص ١٨١ وما بعدها ، وقارن للمستشار صالح حذقى - قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً ، وقارن أيضاً نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/١٨ - مجموعة المكتب لافنى - السنة ١١ - مبدئى - العدد ١ - ص ١٨١ وما بعدها ، وأحكام عديدة منشورة فى كتابتنا : أحكام القضاء الحديثة فى منازعات الأحوال الشخصية - أبواب - الإثبات - والشهادة - والطلاق .

أن طلاقه لها قبل الدخول والخلوة ، على حين أنه دخل بها - فإن إقراره هذا لا يعتبر حجة عليها ، والمطلقة أن تقيم دعوى بتصحيح وصف الطلاق ولها أن تثبت فيها الدخول والخلوة بكافة طرق الإثبات القانونية والشرعية بما فيها شهادة الشهود .

وجه كيد في هذه الحالة أنه يسعى إلى إظهار مطلقته للدخول بها من غير زواج لمن يتزوجها من بعده .

أصول قضائية حديثة في التطليق على وجه العموم :

٢٤٦ مكرر - ٢- إذ قضى الحكم المستأنف بالتطليق دون أن تبذل محكمة أول درجة أي جهد للإصلاح بين الزوجين ، ودون أن يثبت عجزها عن الإصلاح بينهما قبل أن تقضى بالتطليق لإستحالة العشرة (١) ، بما يشوب حكمها بمخالفة القانون الخطأ في تطبيقه ، ذلك أن المقرر في قضاء النقض أن التطليق للضرر عملاً بنص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ولا يشترط مثول الزوجين بشخصيتهما عن محاولة التوفيق بينهما .

٢- المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذي لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفوق المشهور عندهم أن يتكرر إيذاء الأذى بها ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة للموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائفة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تعدد بالفعل والقول وقع من جانب الطاعن على زوجته الطاعن ضدها على مرأى ومسمع من شاهديها على النحو الثابت بقولها ، وأن ذلك مما يتوفر به ركن الضرر للمبرر للتطليق بالنظر إلى حالة الطاعن ضدها وكونها زوجة عاملة على قدر من التعليم والثقافة ، وهى أسباب سائفة تكفى لحمله (٢) .

٣- إذا كان الشارع قد اشترط للحكم بالتطليق طبقاً للمادة السادسة

(١) نقض - جلسة ١٤/٣/١٩٧٩ - الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٧ ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ٢١/٣/١٩٨١ - الطعن ٣٣ - السنة ٥٠ ق (أحوال شخصية) .

من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تثبت الروجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما . وكان الثابت أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن الطمعون ضمما ووافق عليه الطاعن . وهو ما يكفى - وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض - لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين دون حاجة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .

٤- مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها (١) .

٥- إذ كان الأساس الذى تقوم عليه دعوى التطلاق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءته معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، فإنه يكفى لإكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج على وجه معين تتضرر منه ولا ترى معه الصبر والإقامة معه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء بإعتبار أنها ليست بناتها مقصودة ، بل هى تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

٦- مفاد نص المادتين ١١ و ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة طلب الفرقة ، فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية ، وهى عيوب العنة والجب والخصاء ، وإنما أباح لها طلب التفريق إذا ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وإن ما ورد ذكره

(١) نقض - جلسة ١٦/٦/١٩٨١ طمس ١٩ لسنة ٥٠ (لعرال شخصية)

من عيوب في هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر ، وإنه رأى
الإستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى إستحكام العيب ومدى الضرر الناتج عن
الإقامة مع وجوده (١) .

٧- المقصود بغيبة الزوج عن زوجته في حكم المادة ١٢ من المرسوم
بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لإقامة الزوج في بلد آخر غير
الذي تقيم فيه زوجته . أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذي يبيح
التطليق طبقاً لنص المادة ٦ من هذا القانون ، فهي على ما تبينه المذكرة
الإيضاحية للقانون وجرى به قضاء محكمة النقض - غيبة الزوج عن بيت
الزوجية مع إقامته في البلد الذي تقيم فيه زوجته ، ويكون الضرر في هذه
الحالة هجراً قصد به الأذى فيفترق بينهما لأجله . إذ كان ذلك ، وكان الحكم
المطعون فيه قد أقام قضاؤه على أنه رغم إقامة الزوجين في بلد واحد ، فإن
الطاعن عمد أثر زواجه بأخرى إلى الإعراض عن زوجته المطعون ضدها
وهجر الإقامة معها وإنه لا يمكنها البقاء على هذه الحال دون ضرر ، وهو
يشكل حالة من حالات الإضرار التي تبيح التطليق (٢) .

٨- مفاد المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص
ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل اللناط في وجوب إسهال
الزوج الغائب فترة من الزمن من إعداره هو إمكانية وصول الرسائل إليه ،
إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضي في هذا الشأن . وإذا كانت
مدة الإسهال المنصوص عليها في هذه المادة ليست من قبيل مواعيد
المرافعات التي يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب ، وإنما هي
مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو
نقلها إليه بجهة إقامته ، بحيث إذا فعل ذلك بعد إنتضاء المهلة أو في أي
مرحلة من مراحل الدعوى إنتفى موجب التطليق فإنه يكفي لتحقيق شرط
الإسهال والإعذار في حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره في هذا
الشأن . إذ كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الإبتدائي للتأكد لأسبابه

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ - الطعن ١٣ لسنة ٥٠ ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ - الطعن ٢٢ لسنة ٤٩ ق (أحوال شخصية) .

بالحكم المطعون فيه أن الطاعن مثل بوكيل عنه بالجلسة المحددة بقرار الإسهال والإعذار العلن إليه بما يقطع بعلمه به ، فإنه لا محل لما ينعى به على إجراءات إعلانه بهذا القرار (١) .

٩- لما كان إعمال نص المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يختلف في مجاله عن نطاق إعمال المادة ١٢ منه ، ذلك أن هجر الزوج لزوجته يعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقاً لنص المادة السادسة - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الذي يتمثل في غيبته عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد . أما إن غاب عنها بإقامته في بلد آخر غير بلدها ، فإن لها أن تطلب التطلق إذا استمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول . وذلك وفقاً لنص المادة ١٢ وتسرى في شأنه عندئذ حكم المادة ١٢ والتي توجب على القاضى أن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب أن يضرب له أجلاً مع الإعذار إليه بتطبيق زوجته عليه إن هو لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطبيقها طليقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعتار أو ضرب أجل (٢) .

١٠ - الفقه الإسلامى يميز من حيث الأثر المترتب على الطلاق بين ما إذا كان بائناً أو رجعيًا ، فترتب على الطلاق البائن رفع قيد الزواج في الحال ، فلا يحل للمطلق أن يستمتع بمطلقته ولا يملك مراجعتها ولو كانت في العدة ، ليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها ويعقد ومهر جديدين .

وأما في الطلاق الرجعى فإن الزوجية تظل قائمة ولا تزول إلا بإنقضاء عدة المصلحة فيملك المطلق مراجعة مطلقته ما دامت في العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ولا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين . وتتم هذه المراجعة بمجرد قوله الدال عليها أو فعله الموجب لحرمة المصاهرة (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/٢٠ - الطعن ١٢ لسنة ٤٨ ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ - الطعن ١١ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) .

ونقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٢٢ - الطعن ٢٤ لسنة ٥١ ق (أحوال شخصية) .

١١- مؤدى نص المادة ١١/٣ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢ أن المشرع الوضعي قرر أخذاً بالذهب أن من كان مريضاً مرض موت وطلق إمرأته بانئناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال فى العدة، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حيث صدوره لأنه أهل لإيقاعه، إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته رغم أن المطلقة بانئناً لا توث لإنتطاع العصمة بمجرد الطلاق إستناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه . اعتبر إحتياطياً قاراً وهارباً فيرد قصده لها ويثبت لها الإرث (١) .

١٢- مفاد المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن التحكيم فى دعوى التطلاق للضرر لا يكون إلا عندما تتكرر شكوى الزوجة طالبة التطلاق ولم تثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى تطلب التفريق (٢) .

١٣ - مجال إعمال المادتين ١٠ و١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمتعلقين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطلاق التى تتخذ فيها إجراءات التحكيم (٣) .

١٤- تراخى الزوج فى الدخول بزوجه بسبب راجع إليه يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن إستطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة (٤) .

١٥- كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذا إشتطرت للقضاء بالتطلاق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ، كما لم تستوجب حضور الزوجين معاً أمام المحكمة (٥) .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٢ لسنة ٥٢ ق .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٢ لسنة ٥٢ ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٢ لسنة ٥٢ ق . (أحوال شخصية) .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦ - الطعن ٦٥ لسنة ٥٢ ق . ونقض - جلسة

١٩٨٥/٣/١٢ - الطعن ٤٥ لسنة ٥٤ ق .

(٥) نقض - جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ - الطعن ٨٢ لسنة ٥٢ ق . ونقض - جلسة -

١٦- مناط الحكم بالتطليق في الدعوى التي ترفع طبقاً للمادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وكانت البينة في هذه الدعوى - وعلى أرجح الأقوال في مناهج أبي حنيفة يجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين - وتستقل محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر (١) .

الأساس الشرعي والقانوني للتعويض عن الطلاق :

٢٤٧- تعريف الطلاق : إتفق الفقهاء (٢) على أن للطلاق في اللغة معنى ، وفي الاصطلاح الشرعي معان :

(١) فهو في اللغة : الترك والمفارقة ورفع الوثائق والقيد . سواء أكان الترك حسيّاً كقيّد الفرس ، أو معنوياً كقيّد الزواج . وهو مأخوذ من الإطلاق ، يقول الرجل أطلقته إبلى ، وأطلقت أسيرى وطلقت إمرأتى . وقد خصص العرف إستعمال (طلق) في رفع القيد المعنوى ، و(أطلق) في رفع القيد الحسى ، فيقال : طلق الرجل زوجته ، ولا يقال : أطلقها . كما يقال أطلق البعير بمعنى فك قيده . ولا يقال : طلق البعير ، ولذلك إعتبر الفقه

-
- ١٩٨٦/٢/٢٥ - الطعن ١١ لسنة ٥٤ ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ - الطعن ٥٢ لسنة ٥٢ ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٦/٢/١١ - الطعن ٢٢ لسنة ٥٤ ق .
- (١) نقض - جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ - الطعن ٦٩ لسنة ٥٥ ق (أحوال شخصية) .
- (٢) يراجع في تعريفه : الشيخ محمد زيد الإياني - الأحوال الشخصية - جزء ١ - طبعة ١٩٠٢ - ص٢٨٩ ، والشيخ عبد الوهاب خلاف - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٢٥ - ص١٠١ ، والدكتور محمد يوسف موسى - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٥٨ - ص٢٥١ ، والشيخ محمد زكريا البرديسي - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٦٥ - ص٢٢٧ ، وطبعة معهد الدراسات الإسلامية - ص١٠١ . والأستاذ على حسب الله - الفقرة بين الزوجين - طبعة ١٩٦٨ - ص٢٢ ، والأستاذ محمد سلام مذكور - أحكام الأسرة في الإسلام - جزء ٢ - طبعة ١٩٦٤ - ص٨١ ، والدكتور أحمد الغنود - الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - طبعة ١٩٦٧ - ص٣٢ .
- وانور العمروسى - المرجع الوافى في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - طبعة ١٩٦٢ - ٣٢٨ - ١

الإسلامى قول الرجل لزوجته : لطلقتك من باب كنايةات الطلاق لا من صريحه (١) .

والطلاق لفظ من الفاظ الجاهلية ، كانوا يستعملونه فى الفرقة بين الزوجين ، فلما جاء الإسلام أقر إستعماله مع تفاوت يسير .

(ب) وهو فى الإصطلاح الشرعى: رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المسال بلفظ مخصوص مشتق من (ط ل ق) أو ما فى معناه مما يقيد ذلك صراحة أو دلالة صائر من الزوج أو ممن يقوم مقامه ، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق فى الحال إذا كان بائناً ، أو فى المال إن كان الطلاق رجعيًا (٢) . وحقيقة الطلاق هو البحث الذى هو مدلول المصدر لا نفس اللفظ ، لكن لما كان أثرًا معنويًا لا يتحقق إلا بلفظة المستعمل فيه قيل :

إن ركته اللفظ ، فليس اللفظ حقيقته ، بل هو دال عليه (٣) .

وعرفه ابن عابدين (٤) بأنه إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص.

وعرفه المالكية (٥) بأنه : صفة حكيمة ترفع حلية تمنع الزوج بزوجه .

والمراد بالصفة الحكيمة عند المالكية المعنى القائم بالشخص ، وهو مدلول التطليق ، لأنه قائم بالفعل ووصف له ، ومعنى حكمية أنه صفة إعتبارية ، لأن الحديث أمر إعتبارى ، والتطليق هو حل عقدة الزواج . وهو أمر معنوى يحتاج إلى لفظ يدل عليه ، وهو ما يراه الحنفية والحنابلة أيضًا (٦) .

(١) المبسوط - لشمس الأئمة أبى بكر السرخسى - طبع مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ - جزء ٦ - ص ٢ ، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - طبع المطبعة الجمالية ١٣٢٨هـ - جزء ٢ - ص ١٠ - وبحث التمرويض عن الطلاق - للقاضى أنور العمروسى - الحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٢ - ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) هذا هو تعريف الحنفية والحنابلة ، فتح القدير ، لإبن الهمام ، جزء ٢ ، ص ٢١ - وإبن عابدين ، جزء ٢ ، ص ٥٧

(٣) الطلاق - للدكتور أحمد الفندور - المرجع السابق - ص ٢٢ .

(٤) إبن عابدين ، جزء ٢ ، ص ٥٧

(٥) مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل ، للخطيب ، جزء ٤ ، ص ١٨ .

(٦) الدكتور أحمد الفندور - المرجع السابق - ص ٢٢ .

وعرفه الشافعية (١) بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق .

٢٤٨ - حكمة مشروعيته :

قال الله سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وقال عز من قائل : « يا أيها النبي إنا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » .

وقال جل شأنه : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير ، واحتضرت الأنفس الشح ، وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبير » .

وقال صلى الله عليه وسلم : تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز منه عرش الرحمن ، (٢) .

وقال عليه السلام : « وما زال جبريل يوصيني بالمرأة حتى ظننت أنه لا ينبغي طلاقها إلا من فاحشة مبيحة » .

وقال ﷺ : « لعن الله كل ذواق مطلق » (٣) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « لئما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ويقول الإمام الشوكاني (٤) في المحلل : « والنبي ﷺ إنما شرط في عودها إلى الأول مجرد نوق العسيلة التي حلت بالنص (حتى يزوق عسيلتها وتزوق عسيلته) وعسيلتها هي ماؤها ، - والزوج الجديد يعرف بالمحلل ، وفيه يقول النبي ﷺ : « لا تخبركم بالتيس المستعار » ؟

(١) نهاية المحتاج إلى المنهاج ، للإمام الرملي ، جزء ٦ ، ص ٤١٢ .

(٢) هذه الأحاديث وردت في : نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكاني - طبعة ١ - المطبعة العثمانية المصرية - ١٣٧٥ هـ - جزء ٦ - ص ٢٢٠ .

(٣) وجاء في فتح القدير : « وإنما أباح الطلاق للحاجة ، وإن لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة ، وسوء أدب فيكره » .

(٤) نيل الأوطار - للشوكاني - للرجع السابق - جزء ٦ - ص ١٤٠ ، والمرام - لابن حجر - ص ٢٠٠ .

قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو اللحل ، لعن الله المحلل والمحلل له (١) .

إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، ومع ذلك فقد رخص الشرع الإسلامى طريق حل المنازعات بين الزوجين قبل التفريق بينهما عن طريق اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها أن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما . فإذا تعذر التوفيق ، وكان النزاع بينهما عميق الجذور وقع الطلاق وفرق بينهما (٢) .

٢- ومما تقدم يظهر أن حق الزوج فى الطلاق مقيد بما يلى (٣) :

(أ) أن لا يكون إلا لسبب يدعو إليه ، كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها للزوج أو الجيران بالقول أو الفعل .

(ب) أن يكون الطلاق فى حال الطهر ، وليس فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه .

(ج) ألا يزيد فى عدد الطلقات .

٤- ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيما إذا كان الأصل فى الطلاق الإباحة أو الحظر ، فذهب رأى - إلى أن الأصل فيه الإباحة ، لإطلاق الآيات القرآنية ولأن النبى ﷺ طلق إحدى نسائه وكذلك فعل بعض الصحابة .

بينما ذهب رأى آخر - إلى أن الأصل فى الطلاق الحظر - واستدل أصحاب هذا رأى على ذلك بقوله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، ويقول ﷺ : « أبغض المباحات عند الله الطلاق » . وقوله عليه السلام : « لعن الله كل ذواق مطلق » .

(١) نيل الأوطار - المرجع السابق - ص ١٢٨ و ١٢٩

(٢) المرجع الرافى فى تضاعف الأحوال الشخصية للمسلمين ، للقاضى انور العمروسى - ص ٣٢٨ .

(٣) ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف : (الذى يؤخذ من نصوص الشريعة ، أن من وقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص ، فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً ، وإثمه دليل على أنه إساءة إستعمال الحق الذى جعله له الشارع ، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع . وإذا كان إثمه دليلاً على إساءته إستعمال الحق ، فكل مطلق آثم شرعاً بإيقاع طلاقه . لأنه إساءة إستعمال الحق فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر ، أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص ، فلم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض) . الأحوال الشخصية المرجع السابق - ص ٤

كما أن الفقهاء يفرقون بين إيقاع الطلاق وقوعه . لأن الإيقاع فعل الزوج فيوصف بالحل والحرمة . أما وقوع الطلاق فليس بفعل الزوج وإنما هو حكم الشرع . ولذلك لا يوصف بالحل ولا بالحرمة .

وقد سبق القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد قيدوا حق الزوج في إيقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التي دعت لتشريعہ . وبما فيه منع الإضرار بالملقة غير ما يصيبها من مجرد الطلاق .

فحق الزوج في إيقاع الطلاق يتقيد بما تتقيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية . فهو يتقيد بوجوب أن يكون إستعماله متجهاً لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع . وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالملقة فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية . فيكون الطلاق مكروهاً إذا كان بلا سبب يدعو إليه لقوله تعالى : « فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » .

فحرم الفقهاء بالإجماع الطلاق في طهر جامع الزوج زوجته فيه ، وأجازوه مع الزوجة الحامل ، وأجازوا ميراث المملقة في مرض موت الزوج لإتھامه بالسعى إلى حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده .

كما يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بأن لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما يترتب على حل رابطة الزوجية ، لأن الطلاق في ذاته مضر بالمرأة غالباً ، فالطلاق الثلاث والطلاق في أثناء الحيض محرمان .

ما يترتب على تجاوز حدود حق إيقاع الطلاق :

لتجاوز حدود حق إيقاع الطلاق آثار وأحكام في الفقه الإسلامي والقضاء الحديث بالإقليم المصري .

٢٤٩- أولاً- في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الطلاق الذي تجاوز فيه الزوج حدود إيقاع الطلاق (الطلاق البدعي) (١) إلى آراء ثلاثة :

(١) يقول ابن قدامة أن الطلاق البدعي هو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه ، ولكن إذا فعل ثم وقع في قول عامة أهل العلم - وحالاته : أن يطلقها حال -

الأول - أن الطلاق يقع ويترتب عليه حكمه الشرعى ، ولكنه يائم بيانة
(المذاهب الأربعة السنية ومذهب الشيعة الزيدية) .

والثانى - أن الطلاق البدعى لا يقع وتبقى الزوجية كما كانت (الشيعة
الإمامية وأهل الظاهر) .

والثالث - أن الطلاق البدعى يقع رجعياً وإن البدعة لا تقتصر على
الحومة الدينية (بعض الشيعة الإمامية ، وابن تيمية ، وابن القيم الجوزية) ،
وإن وجوب الرجعة هنا هو لرفع الضرر الناشئ عن الطلاق .

ولما كانت المرأة تتضرر بإنقطاع رابطة الزوجية بالطلاق ، وبخاصة من
إضعاف فرص الزواج أمامها ثانية ، ومن أجل ذلك فقد رتب الشريعة
الإسلامية على الطلاق أثر يرمى إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة
بتشريعها للمتعمة (١) .

ويرى أستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد (٢) أنه ينبغي
الأخذ بأن الآيات الكريمة الخاصة بالمتعة جاءت على وجه الإيجاب . فهي
توجب المتعة لكل مطلقة لعموم نصها مع تقييد هذا الإطلاق بالمحكمة التى

الحيض أو النفاس أو فى طهر حصل فيه أو فى الحيض قبله وقاع ، أو أن يطلقها
ثلاثاً ودفعه واحدة أو متفرقة فى طهر واحد ولا وقاع فيه ولا فى الحيض قبله أو
متفرقة فى مجلس واحد ، أو أن يطلق المدخول بها طلاقاً بائناً فى طهر لا وقاع ولا
فى الحيض قبله (ابن قدامة - المغنى - جزء ٧ - طبعة ٢ - ص ٩١ و ٩٢ ، وإنظر
فى الخلاف بين الفقهاء حول وقوع الطلاق البدعى وعدم وقوعه فى بعض حالاته
وما استندوا إليه : الأحوال الشخصية ، للشيخ زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ -
ص ٣٦١ و ٣٦٢) .

(١) والمتعة هى ما يدفعه الرجل لمطلقة بعد الفرة بينهما ، لقوله تعالى : لا جناح
عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرسوا لهن فريضة ، ومتموهن على
الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين (وقوله جل
شانه (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على اللتين) ، وقوله عز من قائل : (يا
أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم
عليهن من عدة تعتدونها فمشوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً) - وقد اختلف
الفقهاء الإسلاميون فى تأويل هذه الآيات .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٣٥ - ص ٢٤٠
و ٢٤٤ و ٢٤٦ .

من أجلها شرعت المتعة على حسب قول المالكية والشافعية وهى جبر الإيحاش الذى يصيب المطلقة بسبب الطلاق ، وعلى ذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة (سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم كان بعده ، وسواء سمى مهر لها أم لم يسم) يتحقق فى طلاقها معنى الإيحاش ، فلا تجب المتعة لمن يكون سبب الطلاق من جهتها ، لأنه لا إيحاش فى هذا الطلاق إذا كانت المطلقة هى التى باشرته (كالخيرة والمختلعة) لرضاها . ولا تقتصر هذه الحالة على مباشرة المطلقة للطلاق ، بل يجب أن تشمل الحالات التى تكون هى المتسببة فيها فى الطلاق ولو أوقعه الزوج (كما لو أعوج سيرها أو ساء خلقها حتى لجأت الزوج إلى طلاقها) ، فإنها هى التى تسببت فيما يلحقها من الإيحاش وليس لها أن تطالب الزوج بجبر ما لم يتسبب فيه (١) .

ووجوب المتعة للمطلقة من غير ناع على الزوج هى بمثابة تعويض عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق .

ويلاحظ أن الضرر الذى إفترض الفقهاء جبره بالمتعة هو ضرر أدبى محض لأن المقصود بالمتعة - فى نظرهم - هو تطيب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسرية لها عن الفراق ، ولأنها تجب حتى عن الطلاق الرجعى وإن راجعها فى العدة وتكرر بتكراره على ما يذهب الشافعية (٢) . وقد اختلف الفقهاء ، فى تقدير المتعة :

(١) والمتعة ، والمتاع إسم لما تنتفع فيه ، قال تعالى : (وفاكهة وإباً) ، متاعاً لكم ولأنعامكم) وقال سبحانه : (يا قوم إنما هذه الحياة الدنيا متاع) - إن مناط الحكم بالمتعة هو الطلاق ، وإن الحكمة المطلوبة بالحكم هى الترفيع عن المرأة وتخفيف لوعة الأسى والحزن بسبب إستقلال الرجل بالطلاق ، ولهذا لا تجب المتعة بإنفساخ الزواج ، ولا يفسخ القاضى إياه ، (الفرقة بين الزوجين - للأستاذ على حسب الله - طبعة ١ - ١٩٦٨ ص ١١٢) وقد قضى بأن المقرر شرعاً أن نفقة المطلقة التى لم تنقضى عدتها على المطلق وتقدر بحسب حال المطلق يسراً وعسراً وأن يستمر المفروض حتى تنقضى عدتها منه شرعاً . لما كان ذلك وكانت النفقة المفروضة بالحكم الفياضى مناسبة وقد روى فى تقديرها ما حل بالمطلقة من لوعة الطلاق وآلامه كنوع من للمتعة بما يخفف عنها الطلاق (بلقاس - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٢ - القضية ٢٢٢ - سنة ١٩٧١ أحوال نفس) .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح النهاج - للإمام شمس الدين الرملى - جزء ٦ - ص ٢٤ .

فيرى الحنفية والحنابلة - أنها لا تتعدى في أقصاها نصف مهر المثل .
والأصح هو أنه لا حد للمتعة ، وإنما هي على قدر حال الزوجين ، فيقدرها
القاضي بما يراه .

أما الضرر المادي فقد يوجد وقد لا يوجد ، وهوان وجد فمراعاته أولى .
وقال الإمام محمد عبده (١) : « إن في هذا الطلاق غشاضة وإيهاماً بأن
الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شيء ، فإذا هو متعها متاعاً حسناً ، نزول
هذه الغشاضة ، ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة لنزاهتها ،
والإعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها ، لأن الله
تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاعة ، فجعل هذا التمتع
كالرهم لجرح القلب ، لكى يتسامح به الناس ، فيقال : إن فلاناً أعطى فلانة
كذا ، وكذا ، فهو لم يطلقها إلا لعذر ، وهو أسف عليها ، معترف لفضلها ،
لا أنه رأى عيباً فيها ، أو رابه شيئاً من أمرها (٢) .

ويرى المالكية أن للمتعة مندوب إليها ، ولا يجبر المطلق عليها ، وإن
المطلق أمر بها تطبيقاً لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسرية لها
على الفراق (٣) .

مفاد نص المادة ١٨ من المرسوم يقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة
بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح تستحق
متعة تقدر بتفقة سنتين على الأقل وفقاً لحال المطلق يسر أو عسر وظروف

(١) تفسير المنار - جزء ٢ - ص ٤٢٠ .

(٢) ويروى الدارقطني عن سويد بن غفلة قال : (وكانت عائشة الخشمية عند الحسن
بن علي فلما أصيب علي ، وبويح الحسن بالخلافة ، قالت لهنثك بالخلافة يا أمير
المؤمنين ، فقال : (يقتل علي وتظهرين الشماتة ، إنهمي فأت طلاق ثلاثاً) قال :
فتلفعت بساجها ، وقعدت حتى إنقضت عنتها ، فبعث إليها بعشرة آلاف درهم
متعة ، وبقي ما بقي من صداقتها ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق . فلما بلغه
قولها بكى ، وقال : لولا أني سمعت جدى أو حدثني أبى أنه سمع جدى يقول : أياها
رجل طلق إسرته ثلاثة مائة ، أو ثلاثة عند الإبراء لم تحل له حتى تنكح زوجاً
غيره ، لراجمتها) تفسير القرطبي - جزء ٢ - ص ٢٠٢ .

(٣) مقدمات ابن رشد - جزء ٢ - ص ١٠١ .

الطلاق ومدة الزوجية إذا طلقها دون رضاها ولا بسبب من قبلها

إن مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية لا يؤثر في إستحقاق المتعة إذ لا يفيد رضاها بالطلاق ، كما لا يدل على أنه كان بسبب من جانبها إلا إذا كان هذا الترك هو السبب المباشر الذي أدى إلى فسخ عرى الزوجية وهو ما تستقل بتقديره محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ولا رقابة عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائفة لها معيتها من الأوراق ولا يحاج بالحكم الصابر إسقاط نفقة الطعون ضدها لنشوزها لإختلاف المناط في إستحقاق النفقة والمتعة ، إذ تستحق النفقة للزوجة مقابل إحتباس لزوجها وقصرها عليه تحقيقاً لمقاصد الزواج ، بينما سبب الحق هو الطلاق، والأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق (١) .

رأى القضاء المصري في التعويض عن الطلاق :

٢٥٠- ثانياً : في القضاء الحديث بالإقليم المصري .

فقد عرضت المسألة على محكمة الإستئناف المختلطة (الملفأة إعتباراً) من ١٥/١٠/١٩٤٩ وقضت فيها بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف يشاء ، فليس لمن تتزوج به وهي عالة بذلك . أن تطلب تعويضاً عنه بعد وقوعه ، وأن التعويض الوحيد لها هو مؤخر الصداق(٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٢ - الطعن ٢٥٤ لسنة ٦٢٢ (أحوال) الحيط - للمستشار حسن منصور طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٧٠ .

(٢) وتخلص وقائع هذه الدعوى في أن مصرياً مسلماً تزوج بأجنبية غير مسلمة ثم طلقها فاستردت جنسيتها الأولى التي كانت لها قبل الزواج . فاقامت دعوى أمام القضاء المختلط مطالبة إياه بتعويض مالي عن طلاقه إياها ، واستندت في ذلك على أنه أساء في إستعماله لحقه في إيقاع الطلاق مما يجعله مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصابها من جراء ذلك فقضت محكمة الإستئناف المختلطة بجلسة ١٩٢٢/٦/٢٠ برقص طلب الزوجة للأسباب الواردة بالمتن

(Gazette de Tribunaux Mixte.13.19.page 55) .

وأيضاً : إستئناف الجزائر - جلسة ١٩٢٥/١١/١٢ المجلة الجزائرية - ص ١٢٨

أما المحاكم الأهلية (الوطنية) فقد اختلف قضائها إلى رأيين :

الأول - يقوم على أن الطلاق في الأصل ممنوع ، وهو لا يباح إلا لحاجة ، فهو ليس مباحاً للزوج بإباحة مطلقة ، وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه ، فإذا وقع الزوج الطلاق بغير سبب يكون قد أساء في استعمال حقه ، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء أكان الضرر مائياً أو أنبياً (١) .

الثاني - يقوم على أن الطلاق حق مطلق للزوج ولا يترتب عليه للمطلة سوى إستحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها ، وأن مؤخر الصداق ونفقة العدة هما كل التعويض المستحق للمطلة .

٢٥١- ومن تطبيقات الرأي الأول :

١- ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الوطنية بجلسة ٢٠ كانون سنة ١٩٢٦ (٢) وقد رأت أن المدعى عليه وإن كان له الحق في الطلاق ، إلا أنه يجب ألا يساء إستعمال ذلك الحق للمقوت - وقد جاء بأسباب ذلك الحكم : (... أنه قد تعثر الزوج أسوأ تكون فوق طاقة الزوجين وأهلها ، فقضت محكمة المولى جل شأنه بوجود مشروعية الطلاق ، فهو إذن حق مشروع ولكن للضرورة ، وليس من المروءة الإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بإمرأة ويغير سبب يطلقها ، فهو بإستعماله ذلك الحق الذي أعطى له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه وإلى غيره ، وليس لصاحب الحق قانوناً أن يسره إلى الغير بإستعماله ما خول له من الحقوق) .

٢- وما قضت به محكمة شجبين الكوم الابتدائية (٣) من أنه إذا تعهد الزوج لزوجته بأن لا يتزوج عليها وإلا طلقت منه طلاقاً بائناً ، وأن

(١) كما لو كانت الزوجة تمارس عملاً تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج بناء على طلب الزوج وهذا يمثل الضرر المادي ، ويمثل الضرر الأدبي فيما لو كانت ملاسبات الطلاق مما يثير الظنون حول سمعة المطلقة .

(٢) هذا الحكم المنشور في كتاب : الطلاق في الإسلام - لمولاي محمد علي - مطبعة المناهل - بيروت - ص ٥٢ .

(٣) شجبين الكوم الابتدائية - جلسة ١٠/١٢/١٩٣٠ - للحاملة - السنة ١١ - رقم ٢٢٧ - ص ٥٤ وما بعدها .

يدفع لها فوق ذلك مبلغاً معيناً على سبيل التعويض ، فهذا التعهد صحيح وليس فيه ما يخالف النظام العام (٩) .

٢٥٢- وما قضت به محكمة إستئناف القاهرة بجلسته ١٩٥٨/٢/٢٣ ، إذ قررت أن القول بأن الشريعة الإسلامية تجيز الطلاق لمجرد رغبة الزوج في الخلاص من الزوجية ، وأنه لا يترتب عليه أية مسئولية غير التي خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صفاق ونفقة أو متعة ، لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهي التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة بحسب رايه هو ، لأنها مسألة نفسية يجب سترها ولا يجوز أن تعرض على القضاء - هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه في دين الله ولا سنة رسوله ، فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التمثل في الطلاق . والفقهاء مجتمعون على تحريم الغير على الزوجين بما لا يخفى ، وفيه أيضاً مخلة لمقتضى الفطرة ، ولما من الله به على عباده في الآية الكريمة :

« ومن آياته ... (١٠) ، فإن الزوجة إذا كانت معيبة في خلقها أو خلقها لا تسكن إليها النفس ، ولا تكون مصدراً للمودة والرحمة ، فاستمرار المعيشة معها يجعل العيش لا يطلق .

(١) وقضت محكمة النقض المصرية بأن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وإنما ينتفى الالتزام بالتعويض إذا كانت الزوجة هي التي دفعت بفعلها إلى تطلقها ، وهذا من الأمور الموضوعية التي تقدرها المحكمة حسب ظروف كل دعوى وملاستها (نقض - جلسة ١٩٤٠/٢/٢٩ - للحامدة - السنة ٢٠ - رقم ٨٨٢ - ص ١١٤٦) ، ويعلق المستشار حسين عامر على هذا الحكم بقوله إن محكمة النقض تكون - بهذا الحكم - قد اقترت مبدأ التعويض عن إستعمال حق الطلاق في الحالة التي تكون الزوجة هي النافعة بفعلها إليه ، حسبما يبين من ظروف كل دعوى من التمسك في إستعمال الزوج لهذا الحق وقد تضمن هذا الحكم رفض ما يثار من أن الشريعة الإسلامية تخلط حماية الطلاق وسرياته وإعفاء الزوج من ضرورة الإقضاء بما دعاه إلى الفقرة مما لا يتأتى معه إمكان النظر في تضمين الزوجة ، الأمر الذي يستوجب هتك الأسرار وكشف أسباب الطلاق ، وهذا قول لا اثر له في بحوث الفقهاء (نظرية سوء إستعمال الحقوق - طبعة ١ - ١٩٤٧ - ص ٢١٠) .

(٢) ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ، .

٢- وقضت محكمة إستئناف مصر (١) أيضاً بأن :

« الطلاق مباح فلا يترتب عليه فى الشريعة الإسلامية أية مسئولية إلا الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة حتى ولو كان الطلاق بلا سبب فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون مبغوضاً من الله أى يرتكب معصية دينية لأن الحقوق التى بين الإنسان وربه لا يسأل عنها فى الدنيا ، ولكن يسأل عنها فى الآخرة » .

٢- وقضت تلك المحكمة كذلك (٢) بأن :

الطلاق بغير سبب ، فإن وقع ، ولو أن أحكاماً تترتب عليه ، إلا أنه يكون مخالفاً لنصوص القرآن والسنة ، ويكون وقعه أثماً وخارجاً على حكم الشريعة ، إن الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء ، فإن تبين إن إستعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقاً للمادتين ٤٥٤ و٥٥ من القانون المدنى ، ولم يقصد منه سوى الإضرار بالغير ، من الفقه الإسلامى ومن التطبيقات العملية التى إنتهى إليها القضاء وعن طريق الإجتهد - إن الحقوق الشرعية للترتبة على عقد الزواج (كال مهر والنفقة) لا تدخل فى التعويض الذى يقضى به الطلاق التعسفى (٣) .

(١) إستئناف مصر - جلسة ١٧ كانون الثانى ١٩٢١ - منشور بكتاب : الطلاق فى الإسلام - لولائى محمد على - ص ٢ .

(٢) إستئناف مصر - جلسة ١٨ كانون الأول ١٩٢٧ - الطلاق فى الإسلام - المرجع السابق - ص ٥٢ - وقد كانت وقائع القضية أن رجلاً كان قد تزوج من امرأة وكانت تعمل مدرسة ، وترتب على زواجها أن تركت وظيفة التدريس وسقط حقها فى المرتب ، ولم يمض على زواجها إلا القليل حتى طلقها زوجها ، فرغمت الزوجة على مطلقها دعوى تعويض مدعية أن زوجها لم يستعمل حقه ولكنه أساء إستعماله مرتكبة إلى نظرية سوء إستعمال الحق فقضت محكمة أول درجة للمطلقة بالتعويض ، فإستأنف الزوج (الطلاق الحكم ، فقضت محكمة إستئناف مصر بإلغاء ذلك الحكم ورفض دعوى الزوجة ، وجاء بأسباب ذلك الحكم ما أوردناه بالمتن

(٣) إستئناف القاهرة جلسة ١٩٥٨/٢/٢٢ - الإستئناف ٦٤٦ لسنة ٧٢ق - المحاماة - السنة ٢٩ - عدد ٨ ص ٨٥٧

٤- وما قضت به محكمة النقض (١) في حكم حديث لها - اخذاً بالفهم الخالف لقضائها - أنه إذا قصد الطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فإن ذلك يكون سبباً لطلب التعويض .

٢٥٣- ومن تطبيقات الرأي الثاني :

١- ما قضت به محكمة إستئناف مصر من أن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج ، ولا يترتب على إستعماله من الأحكام سوى إستحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقتها ونفقة عدتها التي يراعى في تقديرها حالة المطلق المالية ، وهذا أمر مجمع عليه في كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهاءهم ، وإن جرى على خلاف ذلك قد يكون فيه إحراج للأزواج وإلزامهم بمعاشرة من لا يطبقون معاشرتهم من النساء لعيوب نفسية أو خلقية . وفي ذلك ما فيه من أن حق إيقاع الطلاق حق مطلق بحكم الشريعة الفراء والزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا ، وهي تعلم وقت العقد والنتائج التي تترتب على عقدها ، فلا يجوز لها أن تتظلم منها ، والشريعة قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض ، والمناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك فضح لأسرار العائلات . وأخيراً فإن المصلحة العامة تقضى بأن لا يلزم زوج بمعاشرة زوجة قد لا يطبق معاشرتها لعبيب نفسى أو خلقى فيها ، وفي الحكم عليه بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة .

٤- وقضت أيضاً (٢) بأن :

الطلاق في الشريعة الإسلامية غير ممنوع بل هو جائز حتى لمجرد الرغبة في الخلاص من الزوجة ، فهو حق مطلق لا تترتب عليه أية مسئولية سوى الحقوق التي يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة ... إلخ . حتى لو كان الطلاق بلا سبب .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢٠ - الطعن ٥٢٢ لسنة ٢٦ق - مجموعة المكتب

القنى - السنة ١٤ - مدنى وأحوال شخصية - العدد ١ ص ١٨٩ وما بعدها .

(٢) إستئناف مصر - جلسة - ١٩٢٦/١/٢٢ - الفهرس العشرى الرابع للمجموعة

الرسمية - قاعة ١٥١٨ - ص ٢٢٧ .

٢٥٤- أما القضاء الفرنسي - فقد إنتهى إلى الحكم بالتعويض عما يحدث من ضرر مادي أو أدبي بسبب الطلاق ، وأن هذا التعويض هو غير ما يقرره القانون المدني الفرنسي من النفقة ، فقد قضت محكمة Caen بأن^(١) :

(La rupture du mariage par le divorce autorise le Conjoint qui obtenu le divorce de demander, outre la pension, revue d'article 391 du code civil, reparation du preiudice materiel ou morale lui cause par le divorce).

رأى الفقه المصرى فى التعويض عن الطلاق :

٢٥٥- يرى الدكتور السنهورى^(٢) أنه إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس فى ذلك ما يخالف أحكام الشريعة ولا النظام العام . ولكن هذا التعهد ينتفى الإلتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

٢٥٦- ويذهب أستاذنا العميد للدكتور السعيد^(٣) إلى أن الرأى الصحيح هو الذى يقول بالتعويض ، وأن للمتعة المقررة فى الشريعة الإسلامية أساس تشريعى قديم للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق^(٤) ، وذلك لأن حق إيقاع الطلاق - إن كان

(١) محكمة كان - جلسة ١٩/٢/١٩٤٢ - سبرى ١٦٤٥ - ص ١٦ ، ومحكمة باريس جلسة ١٢/١٢/١٩٤٤ - باللوز ١٩٤٥ - ل ٢٠٥ - جازيت دي باليه ١٩٤٥ - ٢٨ ، وفى هذا محكمة النقض الفونسية - جلسة ١٩٤٥/٥/٢ - ٤٥ - ٢ - ٢٨٢٦ ، وجلسة ١٩٤٦/١/٢٨ - باللوز ١٩٤٦ ، ل ٢٥ ، والمسئولية المدنية - للمستشار حسين عامر ، طبعة ١ ، ١٩٥٦ ، ص ٢٩٣ .

(٢) الوسيط ١ - مصادر الإلتزام - للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - طبعة ٢ - ١٩٦٤ - ص ٤٤٨ هامش ١ .

(٣) مدى إستعمال حقوق الزوجية ، رسالة دكتوراه ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٢٥٢ ، تارن حقوق المرأة للأستاذ حسنى نصار ، طبعة ١٩٥٨ ، ص ٤٣٩ وما بعدها .

(٤) أما القضاء فى السودان فلم يبد إلى الآن رأياً فى الحكم بالتعويض للمطلقة أو عدم الحكم به لعدم وجود قضايا من هذا النوع ، ويرجع ذلك إلى التقاليد السودانية التى تحول غالباً دون مطالبة المطلقة بتعويض من مطلقها (الطلاق - للدكتور أحمد الخننور ، للرجع السابق ، ص ٨١)

منفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه مقيد - عند الفقهاء - بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، ولا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية في حالة الطلاق ، فقول غير صحيح إطلاقاً ، لأن المهر من أحكام عقد الزواج وتستحقه الزوجة بالعقد .

٢٥٧- ويرى الدكتور أحمد الغندور (١) أنه إذا ما راعينا قصد الشريعة والمبادئ التي رسمها الإسلام للطلاق ، نجد أن حق إيقاع الطلاق وإن كان للزوج بحسب أحكام الشريعة ، فهو مقيد - عند كثير من الفقهاء - بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، ولا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر فوق حل رابطة الزواج ، وأما القول بأن مؤخر الصداق والتنفقة كالتعويض ، ففيه نظر ، لأن المؤخر والتنفقة لم يفرضاً على الزوج ، بوصفها تعويضاً عن الطلاق ، وإنما الأول حق للمرأة والثاني نظير إحتباسها لزوجها - والرأى الوجيه أن المتعة أساس تشريعي للحكم بالتعويض عند الإساءة في استعمال حق إيقاع الطلاق ، فللقاضي معاقبة من يسيء استعمال حق إيقاع الطلاق بتعويض للمرأة بقدر مالى ، سواء أكان دفعة واحدة أم على أقساط حتى تتزوج أو تموت ، زجراً لأمثاله عن إساءة استعمال ما خوله الشرع له ، ولم يقررها الفقهاء تعويضاً على من يستعمل حقه استعمالاً يترتب عليه ضرر ظاهر للمرأة .

٢٥٨- ويرى الدكتور محمد سلام مذكور (٢) إن القول بالمتعة ما هو إلا تعويض للمطلقة على ما أصابها بسبب الطلاق من عضاضة وليرفع عنها وصف الإساءة ، ونحن إذا قلنا بالتعويض فإننا نتجه وجهة الشافعي في قصره على حالات الطلاق بعد الدخول التي يستبد فيها الرجل ، ولا يكون بالإتفاق أو القضاء ، وكذلك يجب التعويض للرجل إذا كانت المرأة هي التي إستبتت بالطلاق . وقد نصت للمادة ١٧٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية على وجوب المتعة للمطلقة بعد بالطلاق قبل الدخول أو

(١) الطلاق للدكتور أحمد الغندور - المرجع السابق - ص ٧٨ و ٧٩ .

(٢) أحكام الأسرة في الإسلام - جزء ٢ - للدكتور محمد سلام مذكور - طبعة ١٩٦٧ - ص ٢٢ .

الخلوة ولم يسم لها مهرًا كي لا يتوهم أن يشار فيها إلى حكم وجوب اللتعة الوارد في المادة ٥١ والخاص بالمطلقة قبل الدخول أو الخلوة ولم يسم لها مهرًا كي لا يتوهم أن وجوب اللتعة قاصر على المطلقة بعد الدخول فقط ليقال فيها : مع ملاحظة ما جاء في المادة ٥١ فإن الزوجة المدخول بها ... إلخ (١).

٢٥٩- ويقول الأستاذ حسنى نصار (٢) أن الشريعة الإسلامية تكون قد جعلت للمطلقة حقًا في تعويضها بالمعروف ، إذا كانت تستحقه فعلاً ، لا ظلمًا ، ولا طمعًا ، ولا عدوانًا ، فإنما طلق رجل زوجته التي دخل بها ، وكان طلاقه تعسفياً ليس له ما يبرره بوقع طلاقه نافذًا ، وإنما يستحق عليه للزوجة تعويضًا ، إذا ثبت أنه ارتكب خطأ في طلاقها ، ويقدر التعويض عندئذ على قدر الخطأ أو الضرر ، وما بينهما من علاقة السببية طبقًا للقواعد العامة في التعويض - وطبيعى أن مثل هذا التعويض المقترح لا يمكن أن يقضى به إلا بنص قانونى صريح ، ومن ثم فليس للقاضى أن يأخذ بهذا التفسير قبل أن يقرره المشرع صراحة .

٢٦٠- والرأى عندنا هو تأييد النظر القائل بأن لا يساء إستعماله وإلا ترتب للمطلقة الحق في مطالبة المطلق بالتعويض عما نالها من جراء ذلك من ضرر مادي أو أدبي ، للحجج التي ساقها اصحاب هذا الرأى ، والتي نضيف إليها أن المشرع الوضعى قد أظهر إهتمامه البالغ بنظرة التعسف في إستعمال الحق حين أحلها مكانًا بارزًا في الباب التمهيدى لتكون من المبادئ الهامة التى تسود جميع نواحي القانون ، ولم يرد بالضرورة أن يقيم المبدأ على غير أساس قانونى ، فالتعسف في إستعمال الحق ليس إلا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى . فيدخل بذلك الإعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية-ويبدو واضحًا أن الأحوال التى نصت عليها المادتان ٤ ،

(١) وتنص المادة ٧٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية على أن (الزوجة للدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولم تكن إساءة من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بما يجاوز نفقة ستة حسب حال الزوج وتدفع على أقساط شهرية عقب إنتضاء عدتها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك فى المقدار وكيفية الدفع) .

(٢) حقوق المرأة فى الشريعة الإسلامية - الأستاذ حسنى نصار - للرجع السابق ص ٤٤١ - وقارن رسالة الدكتور مصطفى الرافعى - جامعة باريس - طبعة ١٩٥٠ - ص ٤٠ وما بعدها .

٥ مبنى فى بيان متى يكون استعمال الحق مشروعاً وغير مشروع ، لم يقصد للشرح إيرادها على سبيل الحصر ، بل - كما تقول المذكرة الإيضاحية - إن هذه الضوابط تهيئ للقاضى عناصر نافعة للإسترشاد بحق الطلاق كغيره من الحقوق يمكن أن يرتب فى جانب من يسوء استعماله تعويضاً لمن لحقه ضرر (وهى المطلقة) سواء أكان الضرر مادياً أو أدبياً .

المقرر فى قضاء النقض أن الشريعة الإسلامية قصرت الحق فى إيقاع الطلاق على الزوج دون غيره ، فإنطلق القاضى الزوجة على زوجها فإن فعله هذا - وفقاً لمذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه ، مما يستوى معه فى شأن إستحقاق التمتع أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ، نيابة شرعية (١) .

المحكمة المختصة بنظر دعوى التعويض عن الطلاق :

٢٦١- المطالبة بالتعويض عن إساءة استعمال حق الطلاق تستند فى الواقع إلى الخطأ التقصيرى الذى نظمت أحكامه المادتان ٤٠٥ من القانون المدنى ، ومن ثم تكون المحكمة المدنية هى المختصة بالفصل فى طلب التعويض عن الطلاق .

ولقد نصت المادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية وإنشاء دوائر الأحوال الشخصية على أن تختص المحكمة الابتدائية بدعوى الطلاق إلا إنها لم تتعرض بشئ بالنسبة للتعويض عن إيقاعه ، ومن ثم فقد تركت ذلك للقواعد الخاصة موضوعياً وللقواعد العامة إجرائياً ، فدعوى التعويض إذن تحكمها قواعد تقدير قيمة الدعوى ، فتكون المحكمة الجزئية بهيئة مدنية هى صاحبة الولاية إذا كان التعويض عن الطلاق لا يتجاوز إختصاص القاضى الجزئى أى إذا كانت قيمة الدعوى لا تزيد على ٥٠٠ جنيه (٤٢م من قانون المرافعات) ، وتكون المحكمة الابتدائية هى

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٨ - الطعن ٨٤ لسنة ٦٢ (أحوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٥٧ ، وص ٥٦٢ ، وص ٥٦٦ .

المختصة قيمياً بنظر دعوى التعويض عن الطلاق إذا زادت قيمة الدعوى عن ٥٠٠ جنيه .

فإذا كانت الدعوى قد رفعت إلى دائرة الأحوال الشخصية سواء أكانت أصلية أو رفعت بطريق التبع لدعوى من دعاوى الأحوال الشخصية فإنه ليس صحيحاً في القانون الدفع بعدم الإختصاص بمقولة أن الدعوى من إختصاص الدائرة المدنية ، ذلك أن توزيع العمل على دوائر المحكمة الابتدائية هو تنظيم إداري داخلي جاء تنفيذاً لقرار الجمعية العمومية لقضاة المحكمة ، فإذا لم تشأ دائرة الأحوال الشخصية أن تتخلى عن الدعوى وتحيلها إلى الدائرة المدنية فلها أن تفصل فيها وفقاً للأحكام القانونية الواجبة التطبيق في المسائل المدنية .

أما إذا رفعت دعوى تعويض عن الطلاق بدفع يثير نزاعاً تختص بالفصل فيه محكمة الأحوال الشخصية وراثت المحكمة المدنية أن الفصل في التعويض يتوقف على الفصل في الدعوى ، وجب عليها أن توقف الدعوى حتى يستصدر الخصم الوجه الدفع إليه حكماً نهائياً من الجهة المختصة محددة له ميعاداً لإستصدار ذلك الحكم فإذا لم تر لزوماً لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى ، وإذا قصر الخصم في إستصدار حكم نهائي في الدفع في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها (م ١٥ ق ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بشأن السلطة القضائية (١) ، وم ١٢٩ مراقعات) ، وذلك ما لم تكن دعوى التعويض مقامة أمام دائرة من دوائر المحكمة الابتدائية ولم تشأ الدائرة أن تتخلى عن الفصل في الدفع للمبدئ أمامها . وصورة ذلك الدفع من قبل المطلق أن يذكر حصول الطلاق ، أو أن الطلاق كان كطلب الزوجة وبناء على فعل من جانبها كإختيارها نفسها في الخيار أو لإرتكابها فعلاً الجأ الزوج إلى طلاقها كالزنا ونحوه .

(١) تقابل المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٧٢ - المنشور بالجريدة ، الرسمية - في ٥/١٠/١٩٧٢ - العدد ٤٠ .

الفرع الثالث

إختصاص المحاكم الاستئنافية الشرعية

٢٦٢- نظمت المادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ القواعد الآتية :

-الطعن بالاستئناف من النيابة - نصت المادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للنيابة العامة في جميع الأحوال الطعن بالاستئناف في الأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، وتتبع في تلك أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .
حكم هذه المادة مستحدث .

وتنظر بوجه خاص المادة ٢٣٦ فقرة ثانية من قانون المرافعات والمادة ٢٤٠ والمادة ١٢٦ منه .

-نظر الاستئناف والطلبات الجديدة - نصت المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تنتظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .
ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الإضافة إليها ، كما يجوز إبداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .
وفي الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنع الخصم أجلاً مناسباً على الأسباب أو الطلبات الجديدة (١) .

- طرح ما فصل فيه الحكم المستأنف على محكمة الاستئناف - نصت المادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يترتب على الطعن

(١) يراجع ما ورد سابقاً عند الكلام عن الأحكام الجديدة في القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والفناء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، وبخاصة عن الطلبات الجديدة الاستئناف .

بالاستئناف في الحكم القطعي الصادر وفقاً لحكم المادة ١ من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف . وحتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائي يجوز لها اصنار مؤقت واجب التنفيذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التي قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان (١)

استئناف المواد المرتبطة - نصت المادة ٦٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر في مادة من مواد الولاية على المال ، استئنافاً للمواد الأخرى التي لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطاً يتعذر معه الفصل في الاستئناف دون اعادة الفصل فيها

- ميعاد الاستئناف - نصت المادة ٦١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ستون يوماً لمن لا موطن له في مصر دون اضافة ميعاد مسافة (٢) .

النازعات الشرعية المستعجلة :

٢٦٣ - ومن صور النازعات المستعجلة :

١- طلب إستلام طفل في يد حاضنته إذا كان في وجوده لديها خطر يهدد حياته أو صحته

٢- طلب الزوجة إلى منزل الزوجية خشية المفسدة إذا كان ذلك واضحاً بصورة جدية ، ولو كانت قد رفعت دعوى طلاق .

ومن ثم يمكن القول بإختصاص قاضي الأمور المستعجلة وقاضي

(١) انظر سابقاً البند السابع عشر

(٢) قارن نص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ حيث تحدد ميعاد الاستئناف أربعين يوماً فقط و١٥ يوماً للمواد المستعجلة و٦٠ يوماً من النائب العام أو من يقوم مقامه

التنفيذ (١) بالمسائل المستعجلة وإشكالات التنفيذ (٢) .

وسوف نعود لاحقاً في (نظرية تنفيذ الأحكام الشرعية) إلى بحث اختصاص قاضى التنفيذ بإشكالات التنفيذ الوقتية وإشكالات التنفيذ المتعلقة بأصل الدعوى (الموضوعية) التى تثار عند تنفيذ الأحكام الشرعية .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١- ص ١٦٩ ، ويحث : قاضى التنفيذ - مجلة قضايا الحكومة - السنة ١٨ - العدد ٢- ص ٦٣٢ وما بعدها .

(٢) وقد أورد الأستاذة محمد على راتب ومحمد نصر الدنت كامل وفاروق راتب في مؤلفهم أن الوضع بالنسبة للمنازعات المستعجلة المتصلة ، بالمسائل المدنية والتجارية ، كما أن إشكالات التنفيذ المتصلة بالأحكام التى تصدر من هذه دوائر يتبع فى شأنها أمام قاضى التنفيذ ما يجرى بالنسبة لإشكالات التنفيذ فى الأحكام التى تصدر من الدوائر المدنية أو التجارية مع مراعاة ما قد يكون من نصوص خاصة فى صدد مسألة معينة تقيد الإختصاص المستعجل أو تمنعه (قضاء الأمور المستعجلة - المجلد ١ - ١٩٦٨ - ص ٧٨١) .

الفصل الثانى

الإختصاص المحلى للمحاكم الشرعية

الإختصاص المحلى بالنسبة لإقامة المدعى عليهم :

٢٦٤- - يتحدد للموطن فى مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ و ٤٢ و ٤٣ من القانون المدنى (١) (م ١/١٥ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

وبمراعاة احكام المادتين ١٠ ، ١١ من هذا القانون (تتظر فيما تقدم فى البندين سابع عشر وثامن عشر) يتعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى .

وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم .

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى :

-
- (١) المادة ٤٠ مدنى - الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما .
- المادة ٤٢ مدنى موطن القاصر والمجور عليه والمفقود والفائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً .
- ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أملاً لمباشرتها .
- المادة ٤٢ مدنى - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .
- والوطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الوطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الوطن على أعمال دون أخرى (ينظر فى التعليق على هذه المواد ، كتابنا : التعليق على نصوص القانون المدنى للعدل - جزء ١ - طبعة ١٩٩٢) .

١- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى الرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية :

(أ) النفقات والأجور وما في حكمها ، والحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما .

(ب) المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها .

(ج-) التطليق والخلع والابراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

٢- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى في مصر بتحقيق اثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات ، فإن لم يكن للمتوفى موطن في مصر يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أعيان التركة .

٣- يتحدد الاختصاص للحلى في مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتى :

(أ) في مواد الولاية بموطن الولي أو القاصر ، وفي مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو للقاصر .

(ب) في مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

(ج-) في مواد الغيبة بآخر موطن للغائب .

فإنما لم يكن لأحد من هؤلاء موطن في مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الطالب أو التي يوجد في دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته .

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء على طلب نوى الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التي يقع في دائرتها للموطن الجديد .

(هـ) تختص المحكمة التي أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من

يخلف الولى - سواء أكان ولياً أو وصياً - إلا إذا رأت من المصلحة لحالة المادة إلى المحكمة التى يوجد بذائرتها موطن القاصر .

٤- فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية ، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقف والتصرفات الواردة عليه ، للمحكمة الكائنة فى دائرتها أعيانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو المحكمة الكائنة فى دائرتها موطن ناظر الوقف ، أو المدعى عليه (م ١٥ ق ١ لسنة ٢٠٠٠) .

الباب الثالث

حضور الخصوم وغيابهم

القانون الواجب التطبيق فى شأن حضور وغياب الخصوم:

٢٦٥- قلنا إن قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمالية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد إستبقى بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تتناول إجراءات المرافعات وأحكامها وطرق الطعن فى الأحكام والتنفيذ (١) ، كما أنه فى نفس الوقت قد أحال إلى قانون للمرافعات فى شأن ما عداها .

ومن ثم كان من المهم تعيين القانون الواجب التطبيق فى شأن الحضور والغياب .

كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنظم فى الفصل الثانى من الباب الثانى من الكتاب الرابع أحكام حضور الخصوم أو وكلائهم فى المواد من ٧٤ إلى ٨١ .

ويلاحظ أن بعض أحكام تلك المواد تتفق مع ما تضمنه قانون المرافعات المدنية (الجديد والقديم) فى الفصلين الأول والثانى من الباب الثالث من الكتاب الأول (حضور الخصوم وغيابهم) من حيث سؤال الخصوم وحضور وكلائهم ومن لهم حق الحضور وما إلى ذلك .

كما أنه - على الجانب الآخر - يلاحظ أن بعض هذه الأحكام لا مثيل له فى قانون المرافعات كالحالة التى تناولتها المادة ٧٨ من اللائحة الشرعية ، والخاصة بتعيين مندوب لإحضار المدعى عليه لرد الطفل إلى حاضنته ، وتحليف أحد الزوجين اليمين الشرعية عند العجز عن إثبات ما يوجب فرقة

(١) نقض - الطعن رقم ٢ لسنة ٢٨ القضائية (أحوال شخصية) - مجموعة للمكتب الفنى - السنة ١١ - معنى وأحوال - العدد ٢ - من ٢٨٢ وما بعدها.

النكاح ، وهى من السمات المميزة بالدعوى الشرعية ، ودليلاً على ما تتمتع به من ناتية خاصة .

غير أن مواد اللائحة الشرعية تلك (من ٧٤ إلى ٨١) ^(١) قد ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م ١٢ منه) ، ومن ثم فقد أصبحت أحكام الحضور والغياب الواردة بقانون للرافعات المدنية الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ (المواد من ٧٢ حتى ٨٦) هى الواجبة التطبيق .

(١) فقد تضمنت المواد ٧٤ و ٧٥ و ٧٦ من اللائحة الشرعية أحكام حضور الخصوم . أنفسهم أو بوكلائهم ، وما يشترط فى التوكيل ، واعتبار محل الوكيل فى احوال الإعلان وما يتعلق بها بمجرد صدور التوكيل . ونصت المادة ٧٧ على الحظر على رجال القضاء الشرعى ومستخدمى المحاكم الشرعية الوكالة على الخصوم فى المرافعة وإبداء الرأى فى القضايا أمام المحكمة ، بإستثناء تقديم المشورة لأقاربهم لفاية الدرجة الرابعة فى الخصومات لهم أمام محاكم أخرى . ونصت المادة ٧٨ على أن للقاضى أن يعين مندوباً لإحضار المدعى عليه فى اقرب وقت فى حالتين : رد الطفل إلى حاضنته - تحليف أحد الزوجين الذى يتوجه عليه عليه اليمين الشرعية عند العجز عن إثبات ما يوجب فرقة النكاح . ونصت المادة ٨١ على شطب الدعوى إذا لم يحضر الخصوم أو فى يوم تعيينه لذلك . ونصت المادة ٨٠ على أن للمحكمة أن تدب أحد قضاتها لسماع أقوال الخصم المطلوب حضوره الذى منعه عن مقبول ، وتصريح محضر بأقواله . ونصت المادة ٨١ على شطب الدعوى إذا لم يحضر الخصوم أو وكلائهم فى أول جلسة أو فى أى جلسة أخرى ، وكذلك إذا حضروا واتفقوا على الشطب .

الفصل الأول

حضور الخصوم ، والتوكيل بالخصومة

٢٦٦- تقضى المادة ٧٢ من قانون للرافعات الجديد رقم ١٢ سنة ١٩٦٨ بأن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة عند نظر الدعوى ، إما بأنفسهم أو بوكلاء من المحامين ، أو الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة ، وقررت المادة ٧٢ منه قواعد إثبات الوكالة ومنح لليعاد اللازم لذلك (١) .

وبالنسبة لحضور المحامي وكيلاً عن أحد طرفي الخصومة ، فقد نظمت المواد ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ أحكامه ومؤهلاته أن حضور المحامي موكلأ عن الخصوم إما أن يكون بمقتضى توكيل خاص أو توكيل عام . فإِنْ كان التوكيل خاصاً فقد وجب على المحامي أن يودعه بملف الدعوى في جلسة المرافعة ، وإن كان عاماً فيكتفى بالإطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة ، وليس للموكل إسترداد سند التوكيل عند إنتهائه ، وللمحامي سواء كان خصماً أصلياً أو وكيلأ في دعوى أن يذنب عنه في الحضور أو في المرافعة أو في غير ذلك من إجراءات التقاضى محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ما لم يكن في التوكيل ما يمنع ذلك ، كما أن للمحامي أن يسلك الطريق التي يراها ناجحة في الدفاع عن موكله ، ولا تجوز مساءلته عما يورده في مراقبته كتابية كانت أو شفاهة مما يستلزمه حق الدفاع . ثم بينت المواد من ١٢٢ حتى ١٢٥ من قانون المحاماة الجديد واجبات المحامي ومقتضيات المهنة وواجباتها ومسئولياتها .

(١) إن مباشرة المحامي للدعوى بتكليف من نوى الشأن قبل صدور توكيل له منهم بذلك ، لا يؤثر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - في سلامة الإجراءات التي يتخذها فيها ، إلا إذا انكر صاحب الشأن توكيله لذلك للمحامي (نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/١٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ١١٢٥ وما بعدها) .

ويكون موطن الوكيل معتبراً في إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى بمجرد صدور التوكيل من أحد الخصوم ، وذلك في درجة التقاضى الموكل هو فيها (م ٧٤ مرافعات جديد) (١) .

وبيّنّت المادة ٧٥ من قانون المرافعات الجديد حدود التوكيل بالخصومة ، فهو يخول للوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، وإتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها التي وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف ، وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً .

كما نصت المادة ٧٦ مرافعات جديد على أنه يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الإدعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبر ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً .

إنّا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الإنفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل (م ٧٧ مرافعات جديد) .

ويجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل (م ٧٨) .

وكل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء القضية فى الجلسة (م ٧٩) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدنى وأحوال - ص ٢٩٢ ، وانظر فى تفصيل الوكالة بالخصومة ، مبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٢٩٢ وما بعدها ، ومبادئ القضاء المدنى - للدكتور وجدى راقب - طبعة ١ - ١٩٧٧ - ص ٢٤٨ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - الجزء ١ - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٢٢٤ وما بعدها .

ولا يجوز لأحد إعتزال الوكيل أو عزله دون سير الإجراءات في مواجهته إلا إذا أعلن الخصوم بتعيين بديله أو بمزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه - ولا يجوز للوكيل أن يعتزل الوكالة في وقت غير لائق (م ٨٠) (١) .

ولا يجوز لأحد القضية ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم في الحضور أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أو بالكتابة أو بالإفتاء ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها وإلا كان العمل باطلاً - ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانوناً وعن زوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية (م ٨١) .

(١) إن شرط قبول التنازل عن التوكيل - وعلى ما تنص إليه المادة ١٢٥ من قانون الحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ - أن يقع في وقت لائق ، وإن يقدم الوكيل دليلاً على إخطاره لموكله بالتنازل عن الوكالة حسبما تقتضي به المادة ٧١٦ مدني ، وإلا كان تنحية مقسماً بعدم الجدية بهدف تعطيل الفصل في الدعوى وإستطالة أمد النزاع أكثر مما إستخدام (دمياط الإبتلائية - العائنة الأولى الإستئنافية - جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٢ - القضية ٨٦ سنة ١٩٧٠ مستأنف ، والوسيط - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - جزء ٧ - للجلد ١ - طبعة ١٩٦٤ - ص ٦٦٨ وما بعدها والمعقود الصغيرة - للدكتور محمد كامل مرسى - طبعة ١٩٤٢ - ص ٥٧٢ وما بعدها) .

الفصل الثانى

الغياب

أولاً : شطب الدعوى وإعتبارها كأن لم تكن :

٢٦٧- تقضى المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد بأن على المحكمة أن تحكم فى موضوع الدعوى (١) برغم عدم حضور المدعى عليه متى كان الخصوم قد أبدوا لوجه دفاعهم فيها .

فإنما لم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها قررت المحكمة شطبها (٢) .

وقد هدف المشرع من وراء ذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية بحق - إلى تفادى تراكم القضايا أمام المحاكم ، لأنه ما دام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم ، فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تقيبوا .

فإنما بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها إعتبرت كأن لم تكن .

وقد إبتغى المشرع من تقصير الميعاد من ستة أشهر كما كان عليه قانون المرافعات الملقى إلى ستين يوماً فقط لإعتبار الدعوى كأن لم تكن منع تراكم الدعاوى ، ذلك أنه ما دام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيب الخصوم .

وحتى لا يقع جزاء إعتبار الدعوى كأن لم تكن يجب أن يتم تعجيلها

(١) إن المقصود بمعبارة (حكمت المحكمة فى الدعوى) إن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها ، سواء فى الجلسة أو فى جلسة لاحقة إذ إقتضى الأمر تأجيل الدعوى للمذكرة الإيضاحية) .

(٢) يلاحظ أن نص المادة ٨٢ مرافعات جديد لم ينص على إلزام المدعى بالمصاريف فى حالة تقرير المحكمة بشطب الدعوى ، خلافاً لما كان عليه نص المادة مرافعات ٩١ للقبائل، ومؤدى ذلك فى رأينا أن الشطب ، إنما يكون بقرار لا يلزم تسببه .

خلال هذا الميعاد الناقص (٦٠ يوماً من تاريخ التقرير بشطبها) ، بمعنى أنه يتحتم إعلان الخصم الآخر خلاله ولا عبوة بتاريخ الجلسة التي عجلت إليها الدعوى حتى ولو وقعت بعد الستين يوماً ، ويضاف إليه ميعاد مسافة .

ويقع اعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون بغير حاجة إلى صدور حكم به . كما أنه غير متعلق بالانظام العام ، ولكنه على كل حال مقرر لمصلحة المدعى عليه الذي عليه - إن شاء التخلّص من الدعوى - أن يتمسك به قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه فيه ، وإذا طلب الحكم به فليس للمحكمة مكنة التقدير . فإذا حضر المدعى عليه في أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك^(١).

ولا يجوز للمدعى أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة ، أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى^(٢) .

كما لا يجوز للمدعى عليه أن يطلب في غيبة المدعى الحكم عليه بطلب ما (٨٢م مرافعات جديد) .

ثانياً : الخصومة الغيابية في أصول المرافعات الشرعية :

٢٦٨- أما في أصول المرافعات الشرعية فإن للخصومة الغيابية فيها ناتية خاصة وسمات مميزة ، منها ما تنص عليه المادة ٢٨٦ من اللائحة

(١) فقانون المرافعات الجديد يعتبر الخصومة غيابية في حالتين ١- تخلف المدعى عليه في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يكن قد أعلن لشخصه ٢- أن يكون المدعى عليه قد أودع مذكرة بدفاعه .

(٢) يذهب رأي في القضاء والفقه إلى جواز تعديل الطلبات إلى الأثل اعتباراً بأن ذلك لا يلحق ثمة ضرر بالمدعى عليه ، كما أنه ليست له مصلحة في رفعها (التعليق الجديد للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص ٢٦٢) ، وهذا - في رأينا - مما كانت عليه أصول المرافعات الشرعية من أن هذا التعديل هو قصر إلى الأثل لا يستلزم إعلاناً - ومثاله : قصر الدعوى أثناء نظرها على بعض المطلوب فيها النازل ضمن ما أعلن به المدعى عليه وسكوت المدعى عن باقيه ، فلا حاجة لإعلان جديد (المعاط الشرعية - جلسة ١٩٢٩/٤/٢٧ - للحاملة الشرعية - السنة ١ - ص ٧١١) .

الشرعية التي خرجت من دلالة الإلغاء حيث تقتضى بأنه :

« إننا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهته بالإقرار » .

ومؤدى هذا النص أن الحكم يكون غيبياً فى حق المدعى عليه فى الحالات التالية :

١- أن يحضر أصلاً بأية جلسة من الجلسات .

٢- أن يحضر ويجيب على الدعوى بالإنكار ، ثم تخلف عن الحضور فسمعت أدلة الدعوى فى غيبته .

٣- أن يحضر عدة جلسات دون أن يجيب على الدعوى فقد يكون الحكم التمهيدى موصوفاً بأنه حكم حضورى إننا صدر فى حضور المدعى عليه ، فإننا تخلف بعد إثبات الدعوى بالطرق الشرعية تعين فى مفهوم المادة ٢٨٦ من اللائحة - أن يوصف الحكم القطعى الذى تنتهى به الخصومة بأنه حكم حضورى أو معتبراً حضورياً على حسب الأحوال .

ذلك أن الحكم - فى تفسير النص السابق - إما أن يكون حضورياً ، وإما أن يكون معتبراً حضورياً .

فالحكم الحضورى هو ذلك الذى يسبقه دفاع ودفع من طرفى الخصومة حتى تجوز القضية للحكم .

والحكم المعتبر حضورى هو الذى يسبقه إقرار بالحق المدعى به ، ثم تخلف المدعى عليه عن الحضور ، أو كان بعد إثبات الدعوى التى أنكر الحق المدعى به فيها (١) .

والحكم الحضورى والمعتبر كذلك لا تجوز المعارضة فيهما .

والفرق بين الحكم الحضورى والحكم المعتبر كذلك يظهر فى ابتداء

(١) المنصورة الكلية (دائرة الأحوال الشخصية - جلسة ١٩٦٢/٢/١ - القضية ٤٨ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس مستأنف) .

ميعاد إستئناف كل منهما ، فهو بالنسبة للحكم الحضورى يبدأ إستئنافه من يوم إعلانه ٣٠٨٠ من اللائحة الشرعية السارية المفعول .

أصول قضائية حديثة فى (متى يكون الحكم الشرعى حضورياً ، ومتى يكون غيابياً) :

٢٦٨ مكرر - بجلسته ١٩٨٤/٢/٢٥ قضت محكمة دمياط الابتدائية (بأثره الأحوال الشخصية للولاية على النفس) - فى إعتراض على إنذار الطاعة - رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٢ أحوال نفس كللى دمياط برفض إنذار الطاعة وإعتباره كأن لم يكن . فإعتراض المعارض ضده فى هذا الحكم بالإستئناف رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ ق (أحوال نفس للنصورية - مأمورية دمياط) حيث قضت غيابياً بقبول الإستئناف شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف ويرفض الدعوى المستأنف حكمها . عارضت المستأنف ضدها فى ذلك الحكم ، فقضى بجلسته ١٩٨٤/١٢/٤ بعدم قبول المعارضة .

طعننا فى هذا الحكم بالنقض .. ولودعنا صحيفة ومذكرة شارحة ومحكمة النقض قضت فى الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية بما يلى :

(نقضت المحكمة الحكم للطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف المنصورة ، مأمورية دمياط، والزمّت الطعون فيه عليه المصروفات ومبلغ ثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة) .

وتناول حكم النقض متى يكون الحكم الشرعى حضورياً ومتى يكون غيابياً - فقد أخذت المحكمة بسبب الطعن القاتل (بأن الحكم القاضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الغيابى تأسيساً على أن وكيل الطاعة قد أودع مذكرة بدفاعها فى الإستئناف فيكون الحكم فى حقيقته حضورياً إعتبارياً) ، فى حين أن إيداع المذكرات بالدفاع لا يعد حضوراً مما عنته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وإن كانت لم تحضر بنفسها ولا بوكيل عنها الجلسات التى نظر فيها الإستئناف ، فإن الحكم الصادر فيه يكون غيابياً ، وقابلاً للمعارضة - ولما كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه) .

قالت محكمة النقض فى هذا الطعن :

« وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه لما كان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد ألغى بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ واستبقى من بين ما استبقاه المواد الخاصة بالأحكام الغيابية والمعارضة فيها، ونص فى المادة الخامسة على أن :

(تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكمل لها ، فقد دل على أنه أراد أن تبقى المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى تلك المسائل محكمة بذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء المحاكم المذكورة وإن تظل اللائحة الشرعية الأصل الأصل الذى يجب إنزاله والرجوع إليه فى التعرف على أحوال المعارضة وضوابطها ، وكان النص فى المادة ٢٨٦ من اللائحة على أنه : (إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى والإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية ، حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهة الخصوم ، وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار) مفاده أن الحكم لا يعتبر حضورياً إلا إذا كان الغياب بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بعد الثبوت عقب الإنكار أى إذا كان غياب المدعى عليه إنما جاء بعد قيام الدليل فى وجهه ، لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعة قد غابت طوال جلسات نظر الاستئناف ، بما مفاده أن أدلة الدعوى لم تقم فى مواجهتها ، فإن الحكم الاستئنافى الصادر غيابياً لا يعتبر حكماً حضورياً ، ولا يغير من هذا النظر وجود مذكرات كتابية مقدمة من الطاعة تتضمن دفاعها وردها على أدلة الدعوى ذلك أن المرافعة الشفوية - طبقاً للائحة - هى الأصل ، وليست للمذكرات الكتابية سوى وسيلة لضبطها وبيان لوجه الدفاع بما يسهل الرجوع إليها - وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وقضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الاستئنافى فى سالف الذكر على سند من أن الطاعة قدمت مذكرة بدفاعها فيعتبر الحكم فى حقها

حضورياً طبقاً لنص المادة ٢٨٦ ولا تقبل المعارضة فيه إعمالاً للمادة ٢٩٠ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه (١) .

ثالثاً : أحكام الأعذار فى قانون المرافعات الجديد :

٢٦٩- نصت المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ على أنه :

« إذا تخلف المدعى عليه وحده فى الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة فى الدعوى ، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة فى غير الدعوى للمستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم فى الدعوى فى الحالتين حكماً حضورياً .

فإذا تعدد المدعى عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن لشخصه أو تغيّبوا جميعاً أو تغيّب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة فى غير الدعوى للمستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ويعتبر الحكم فى الدعوى حكماً حضورياً فى حق المدعى عليهم جميعاً » .

فهذه المادة تناولت أحكام الأعذار فى حالة غياب المدعى عليه أو المدعى عليهم عند التعدد كلهم أو بعضهم ولم يكونوا قد أعلنوا لأشخاصهم .

وهى فى ذلك تردد ما كانت تقضى به المادة ٩٥ من قانون المرافعات الملقى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ للقبالة .

والأعذار فى مفهوم المادة ٩٥ من قانون المرافعات الملقى ، سواء قبل أو بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، والمادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد قد وصفه البعض بأنه « إعادة إعلان ، إعتناء على أن التعديل الذى أدخله المشرع على نص المادة ٩٥ مرافعات ملغى بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد أغفل ذكر لفظ « الأعذار » صراحة خلافاً لما كان عليه الحال فى النص قبل التعديل .

(١) نقض - جلسة ٢٧/٥/١٩٨٦ - الطعن ١٢ لسنة ٥٥ق (أحوال شخصية) .

غير أننا نرى الإبقاء على وصف هذا الإجراء بأنه إغذار ، لكي يتميز عن باقي صور إعادة الإعلان الأخرى ، وذلك أخذاً بما جاء بالنص المعدل ذاته من أن المشرع قد توخى من إعادة الإعلان إعتبار الحكم في الدعوى بمثابة حكم حضوري في حق المدعى عليهم جميعاً ، وهو نفس المقصود من الإغذار ، ويؤيد ذلك أيضاً ما جاء بالملحظة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ في صدد الكلام عن المادة ٩٥ مرافعات المعدلة : « .. ويلاحظ أنه إذا وقع الإعلان أو الإغذار باطلاً ... ، كما يؤيد هذا النظر حكم حديث لمحكمة النقض فسرت فيه طبيعة هذا الإجراء بقولها : « الإغذار » بالمعنى الذي قصده المادتان ٩٥ ، ٩٦ مرافعات (قبل تعديلهما بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) لا يخرج عن كونه إخطار للخصم الذي سبق أن إختصم في الدعوى بإجراء صحيح بأنه إذا لم يحضر بالجلسة التي أجلت إليها الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر فيها يعتبر بمثابة حكم حضوري ، ومن ثم فإنه لا يصح الإغذار ولا ينتج أثره القانوني إلا إذا كانت الخصومة قد إنعقدت بين أطرافها وفقاً للقانون (١) ، كما أننا نرى ضرورة أن تتضمن صحيفة الإغذار الموجهة إلى الخصم - الذي تخلف عن الحضور بعد إعلان صحيح بصحيفة إتاحة الدعوى - عبارات صريحة لا لبس فيها ولا غموض مؤداها التنبيه على المدعى عليه بأن الحكم الذي سيصدر في الدعوى سوف يعتبر حضورياً في حقه إذا تخلف عن الحضور ، وذلك لكي يكون هذا الإجراء صحيحاً ومنتجاً لأثاره ومحققاً للغاية التي تفيهاها المشرع - كما أن الإغذار في حالة تغيب المدعى عليه (منفرداً ، أو عند تعدد المدعى عليهم) هو إجراء واجب على المدعى ، أما إذا تخلف أحد المدعين فقد كانت المادة ٩٤ من قانون المرافعات الملغى توجب على المدعى عليه إغذار المتخلف من المدعين (٢) ، أما قانون

(١) للنسوة الكلية (ملف الأحوال الشخصية) - جلسة ١/١/١٩٦٢ - القضية ٤٨ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس مستأنف ، ومبادئ المرافعات - للدكتور عبد الباسط جمعي - طبعة ١٩٧٤ - ص ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٥ - ١٩٦٢ - ص ٥٤٥ و ٥٤٦ ، وأيضاً : كرم إمبو الجزئية - جلسة ٢٨/١٠/١٩٦٤ - القضية ٢٥١ سنة ١٩٦٤ مدني ، ومبادئ المرافعات للدكتور عبد الباسط جمعي - المرجع السابق - ص ٣٠٦ .

المرافعات الجديد فلم ينقل هذا الحكم ، ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن تحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه . كما إقتصرت حكم الإعذار في المادة ٨٤ من القانون الجديد على تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم أو بعضهم في الدعاوى العادية غير المستعجلة (١) .

الخلاصة :

٢٧٠- يخلص مما تقدم أن أحكام الغياب والحضور في قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تحكمها القواعد التالية :

١- أن المدعى عليه إذا أعلن لشخصه كان الحكم في حقه معتبراً حضورياً وهو حكم مستحدث لم يكن ينص عليه قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، وهذا النص في ذلك يحلكي نص المادة ٢/٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، إلا أن نص قانون المرافعات وجوبى بينما نص قانون الإجراءات الجنائية جوازي .

٢- أن المدعى عليه إذا أودع مذكرة (أو مستندات) بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك .

٣- أن المدعى عليه (أو المدعى عليهم) إذا تخلف عن الحضور رغم إعلانه إعلاناً صحيحاً ثم أعذر كان الحكم معتبراً حضورياً .

٤- لم يعد سائفاً - في الدعاوى غير للمستعجلة - أن تعتبر الخصومة غيابية في حق المدعى أو المدعى عليهم عند التعدد .

٥- أن الدعوى لا تشطب بسبب غياب المدعى ولا بسبب غياب المدعى

(١) لا يصح الإعذار إلا إذا كانت الخصومة قد انقضت بين الطرفين وفقاً للقانون (نقض - جلسة ٢٧/٤/١٩٦١ - مجموعة الكتب الفنية - الطعن ٢٦٦ لسنة ٢٦ق- السنة ١١ - العدد ٢ - ص ٤٢٤) ولا محل لإعذار من لم توجه إليه طلبات وطلب الحكم في مواجهته فقط (نقض - جلسة ١٩٥٨/٦/٥ - مجموعة الكتب الفنية - السنة ٩ - العدد ٢ - ص ٥٣١ وما بعدها ، ومنشور في : مجموعة القواعد القانونية لحكمة النقض الجزء ٢ - قاعدة ٥٥ - ص ١٢٠) .

عليه إذا كانت صالحة للحكم فيها . أما إذا كانت غير صالحة للفصل فيها قررت المحكمة شطبها .

رابعاً : أحكام إثبات الغيبة فى أصول المرافعات الشرعية :

٢٧١- كان الإعذار معروفاً فى اللائحة الشرعية القديمة رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ ، بل كان الإعذار يتم ثلاث مرات فى ثلاثة أيام إلى المدعى عليه الغائب بحيث إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه رغم إعذاره، نصب القاضى وكيلاً عنه يحافظ على حقوقه بناء على طلب المدعى وسمع الدعوى وأدلتها فى مواجهة الوكيل وحكم عليه فى غيبته (م ٢٧١، ٢٨٢ من تلك اللائحة) إلا أن المادة ٢٨٥ من اللائحة المذكورة كانت تنص على أنه يحكم فى مواد نفقة الزوجة والأبوين والأولاد وأجرة الرضاع لمستحقها شرعاً بدون إعذار ولا نصب وكيل إذا غاب المدعى عليه .

أما اللائحة الشرعية الحالية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقد أغفلت نظام الإعذار وقررت فى المادة ٢٨٢ منها (والسارية المفعول لبعدها عن دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) أنه :

« إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل » .

وعلى ذلك - وطبقاً لأصول المرافعات الشرعية - يمكن القول بأنه إذا لم يحضر المدعى عليه (أو المدعى عليهم جميعاً عند التعدد) تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فيها فى غيبته (أو غيبتهم عند التعدد) .

أما إذا تعدد المدعى عليهم وحضر بعضهم وغاب البعض الآخر منهم ، فقد تعين إعمال أحكام ثقوب الغيبة التى نصت عليها المادة ٢٧٨ من اللائحة الشرعية والتى لم يتناولها الإلغاء . فهى تقضى بأنه :

« إذا كانت الدعوى على جملة أشخاص وحضر بعضهم وتخلف البعض جاز للمدعى أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت الغيبة وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعلان ذلك الحكم إلى الغائب وتكليفه مرة ثانية بالحضور وبعد ذلك أن تخلف أحد فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا تقبل فيه المعارضة منه » .

فقاعدة إثبات الغيبة هذه - كما تقول المذكرة الإيضاحية لللائحة الشرعية - قاعدة جديدة مقررة في الشرائع الحديثة تطبق في حالة تعدد المدعى عليهم وحضور بعضهم وتغيب البعض الآخر ، ومبناها إعادة إعلان الغائبين عن الجلسة وتكليفهم بالحضور مرة ثانية فإن تخلفوا بعد ذلك يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة لهم لا تجوز المعارضة فيه من قبلهم .

وفائدة هذا النظام تفادى احتمال تضارب الأحكام ، إذ يصدر حكم يكون حضورياً بالنسبة للحاضرين وغيابياً بالنسبة للغائبين فيعارض أحد الغائبين فيحكم في معارضته ثم يعارض آخر فيحكم في معارضته وقد تتعارض الأحكام الثلاثة فيما تقضى تبعاً للأدلة والدفع من الخصوم فيها مع أنها صادرة في موضوع واحد .

لنظام إثبات الغيبة شرط أساسي مستفاد من نفس القاعدة ومن حكمتها ، وهو أن يكون الحكم الذي سيصدر في الدعوى قابلاً للمعارضة إذ لا فائدة من إثبات الغيبة إذا كانت المعارضة أصلاً غير جائزة كما إذا كانت الدعوى هي قضية معارضة .

ويلاحظ على نص المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية :

١- أنه تناول حالة تعدد المدعى عليهم الذي تخلف بعضهم عن الحضور بينما حضر البعض الآخر منهم .

٢- أنه لم يتناول حالة تخلف المدعى عليه وحده (عند عدم التعدد) ولا حالة تخلف جميع المدعى عليهم (عند التعدد) ، لأن نظام المعارضة - كطريق من طرق الطعن في الأحكام - مازال معمولاً به في أصول المرافعات الشرعية (المواد من ٢٩٠ إلى ٣٠٢ من اللائحة الشرعية) .

٣- أنه لم يتناول حالة تعدد المدعين وحضور بعضهم وغيب البعض الآخر منهم ، وكان المدعى عليه : أو المدعى عليهم عند التعدد : حاضراً .

٤- أنه ترك طلب الحكم بإثبات الغيبة لمشيشة المدعى إن شاء طلب إعماله وإن لم يه^١ لا يملك القاضى أن يعمل من تلقاء نفسه .

والذى نراه في شأن التوفيق بين قواعد الإعذار للنصوص عليها في المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وبين قواعد

إثبات الغيبة المنصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤١ بشأن اللائحة الشرعية ، إمكان إتباع ما يلي :

(١) إنا تغيب المدعى أو بعض المدعين وحضر البعض وكان المدعى عليه حاضراً تعين الحكم في الدعوى إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد .

(٢) إنا حضر بعض المدعى عليهم وغاب البعض الآخر منهم وطلب المدعى الحكم بإثبات غيبة من غاب منهم ، تعين على المحكمة أن تحكم بثبوت غيبة من غاب فليس لها عندئذ سلطة تقديرية - وأن تؤجل الدعوى لجلسة تالية لإعلان حكم إثبات الغيبة إلى الغائب وتكليفه بالحضور ، فإذا تخلف أحد فالحكم الذي يصدر في الدعوى لا تقبل فيه المعارضة منه ، وذلك إعمالاً لحكم المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية ، ذلك أن إعمال النص خير من إعماله .

(٣) إنا حضر بعض المدعى عليهم وغاب البعض الآخر منهم ولم يطلب المدعى الحكم بإثبات غيبة من غاب منهم ، تعين على المحكمة إعمال أحكام الإعذار المنصوص عليها في المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد ، تحقيقاً لهدف المشرع من تلاقى تضارب الأحكام إنا ما قضى حضورياً في حق الحاضر من الخصوم وغيابياً في حق الغائب واتخذ كل منهم طريق الطعن الذي يناسبه .

(٤) إنا لم يحضر المدعى عليه ، أو المدعى عليهم جميعاً عند التعدد ، تعين سماح الدعوى وانتهائها والحكم فيها في غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل عملاً بالمادة ٨٢ من اللائحة الشرعية .

(٥) إنا لم يكن الخصوم حاضرين وقت النطق بالحكم لا تشطب المحكمة الدعوى . وإنما تقرر ما يقتضيه الحكم الشرعي فيها (٢٨٨م) من اللائحة الشرعية المعمول بها) .

(٦) إنا لم يحضر المدعى والمدعى عليه (أو لم يحضروا جميعاً عند التعدد ولم تكن القضية صالحة للحكم قررت المحكمة شطب الدعوى ، فإن

كانت صالحة للحكم فيها حكمت المحكمة في الدعوى (م ١/٨٢م) مرافعات (١) .

(٧) إذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن (م ١/٨٢م مرافعات (٢) .

(٨) إذا أودع المدعى عليه مذكرة (أو مستندات) بدفاعة اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك (م ١/٨٢م مرافعات) مع مراعاة أحكام اللائحة الشرعية التي تضمنتها المادة ٢٨٦ منها والتي متى تكون الخصومة غيابية أو معتبرة حضورية على ما ذكرناه في موضعه .

(٩) إذا أعلنت صحيفة الدعوى لشخص المدعى عليه كان الحكم في الدعوى حضورياً عملاً بالمادة ١/٨٤ مرافعات .

هذا ...

وإذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانها له إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه (م ٨٥م مرافعات جديد) .

الثابت من الأوراق أن الطاعن قد تمسك ببطلان إعلانه بصحيفة إفتتاح الدعوى على سند من أنها أعلنت على غير محل إقامته ، وكان هذا الدفع جوهرياً يمكن أن يتغير به - إن صح - وجه الرأي في الدعوى - وإذا أمسك الحكم المطعون فيه عن الرد عليه فإنه يكون قد عابه بالقصور الموجب لنقضه (٣) .

(١) وليس معنى شطب الدعوى إلغاؤها وازوال الآثار القانونية المترتبة عليها ، وإنما شطب الدعوى معناه إستبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقائها وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها ، ولا ننظر الدعوى بعد ذلك إلا بإعلان جديد للحضور يوجهه لأحد الخصوم (وهو المدعى عادة) إلى الخصم الآخر (المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٧ - ص ٦٧٢) .

(٢) ويكون ذلك بقوة القانون وبغير حاجة إلى إستصدار حكم بذلك ، وللمدعى عليه التمسك بهذا الدفع أو التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، لعدم تعلق البطلان بالنظام العام (المرجع السابق - ص ٦٧٢) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٤٥ لسنة ٥٩ق (أحوال) - المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص ٤٤٤

وإذا حضر الخصم الغائب قبل إنتهاء الجلسة أعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن (م ٨٦ مرافعات جديد) ، لأنه ما دامت الجلسة منعقدة يكون من حق الخصم الذى لم يسمع ، أن يطلب إلى المحكمة أن تسمعه ، فإذا كانت قد أصدرت حكماً ، وجب ألا تعتبره وأن تسير فى نظر القضية فى الجلسة نفسها بشرط أن يكون الخصم حاضراً أو تؤجلها لجلسة أخرى . وقد جرى عرف المحاكم المختلطة (اللغة) على إرجاء النطق بهذه الأحكام إلى آخر الجلسة لتفادى إحتمال العدول عنها بسبب حضور الخصم قبل نهاية الجلسة وهو عرف حسن (١) .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى فى التعليق على المادة ٩٧ المطابقة للمادة ٨٦ من قانون المرافعات الحالي

الفصل الثالث

تدخل النيابة في قضايا

الأحوال الشخصية

٢٧٢- صدر القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ضمن قوانين توحيد القضاء .

وقد بينت المادة الأولى منه لحوال تدخل النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية ، فتدخلها فيها إما ان يكون جوازيًا ، وإما ان يكون وجوبيًا .

١- التدخل الجوازي للنيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية :

فيجوز للنيابة العامة أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية للأحوال الشخصية طبقاً للمادة ٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، أى في قضايا :

نفقة الزوجة ، ونفقة الصغير ، ونفقة المدة السابقة ، والمهر والجهاز والحضانة ، والحفظ ، وانتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر ، والزيادة في نفقة الزوجة أو الصغير ، والنفقات بين الأقارب ، والإرث ، والزواج والمواد المتعلقة .

٢- التدخل الوجوبي للنيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية :

ويجب على النيابة أن تتدخل في القضايا الأخرى التي تتعلق بالأحوال

الشخصية (١) أو بالوقف (٢) ، وإلا كان الحكم باطلاً ، أى أن تدخل النيابة يكون وجوبياً أمام المحاكم الابتدائية ، والمحاكم الابتدائية بهيئات إستئنافية (وهى تنتظر فى الإستئنافات المرفوعة عن أحكام المحاكم الجزئية للأحوال الشخصية بإعتبارها محكمة الدرجة الثانية) ، ومحاكم الإستئناف ، ومحكمة النقض ، وفى القضايا التالية :

النسب ، والطلاق والخلع والمباراة ، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية والوقف .

بإعتبار أن هذه القضايا تختص للمحاكم الابتدائية بنظرها ، كما أنها تتدخل وجوبياً فى القضايا التى ليست من إختصاص المحاكم الجزئية سواء من حيث قيمتها أو من حيث نوعها .

أحكام وإجراءات تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية ، ومدها :

٢٧٣- وجاء بالفقرة الأخيرة للمادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

« ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية » .

كما نصت المادة الثانية منه على أنه فى الحالات التى لا يكون حكم أو إقرار المحكمة الابتدائية - فى مسائل الأحوال الشخصية - فيها إنتهائياً (أى الجائز إستئنافها) يجوز للنيابة العامة الطعن فيها بالإستئناف طبقاً لنص

(١) يراجع : مبادئ وقانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٢١١ وما بعدها ، ودور النيابة العامة فى الدعوى المدنية فى قانون المرافعات الجديد - بحث - للدكتور إدوار غالى الذمبى - المحاماة - السنة ٤٩ - العدد - ص ١٠ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ٢٠٢ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا - ١ - ص ٢٤٥ .

(٢) ولوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أن تدخل النيابة هنا يكون وجوبياً .

المادتين ٨٧٥ ، ٨٧٧ مرافعات (١) .

كما نصت المادة الثالثة منه على أن الخصوم والنيابة العامة الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الابتدائية في مسائل الأحوال الشخصية وذلك طبقاً لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات.

ومن مواد القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ومن مواد قانون المرافعات الجديد ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ الواردة بالباب الرابع من الكتاب الأول (تدخل النيابة العامة) . والمواد ٨٧٥، ٨٧٧، ٨٨١ من قانون المرافعات الملغى والسارية المفعول للآن والواردة ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية - نتيين القواعد التالية :

وجوب تدخل النيابة العامة فيما يوجب القانون تدخلها فيه :

٢٧٤ - تقضى المادة ٨٨ من قانون المرافعات الجديد بوجوب تدخل النيابة العامة - في غير الدعاوى المستعجلة (٢) - وفي الدعاوى التي يجوز لها أن ترفع بنفسها ، وفي الطعون والطلبات أمام محكمة النقض وفي مسائل تنازع الاختصاص ، م٤/٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا ، وفي كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها .

ورببت تلك المادة - على إغفال تلك الأحكام الواجبة - جزاء البطلان حيث قالت : « ... وإلا كان الحكم باطلاً ... » وهو نفس الحكم الذي تقرره المادة ٢/١ من القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

وقد إستقر قضاء محكمة النقض على أن عدم تدخل النيابة مع وجوبه

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ٦٢٨ سنة ١٩٥٥ أنه قد روعي في الإحالة على المادتين ٨٧٥ و٨٧٧ مرافعات توحيد ميعاد الاستئناف وطريقة رفعه بالنسبة للنيابة العامة .

(٢) حتى لا يعمق تدخلها الفصل فيما يصدره القضاء المستعجل من قرارات لا تمس أصل الحقوق .

بأمر الشارع أو عدم إثبات رأى النيابة ضمن بيانات الحكم يرتب بطلاناً^(١). وهذا البطلان من النظام العام تحكم به المحكمة ويتمسك به أى خصم إن لم يتمسك به النيابة^(٢) . بل ويجب تدخلها فى الدعوى حتى ولو تمت فى صورة طلب عارض أو دعوى فرعية فى دعوى مدنية ما نام القانون يوجب التدخل فى الدعوى ويرتب البطلان جزاء المخالفة .

جواز تدخل النيابة العامة فيما يجيز القانون تدخلها فيه:

٢٧٥- ونصت المادة ٨٩ من قانون المرافعات الجديد على أنه - فيما عدا الدعوى المستعجلة - يجوز للن النيابة العامة أن تتدخل فى حالات من بينها: الدعوى الخاصة بعديمى الأهلية والغائبين والمفقودين ، والدعوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا للبر ، وعدم الإختصاص لإنتفاء ولاية جهة القضاء ، ودعوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم ، والدعوى التى ترى التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب ، وكل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها .

ونلك سواء أكانت الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية ، جزئية كانت أو ابتدائية .

وينذهب رأى إلى القول بأن نص هذه المادة - شأنها شأن المادة ١٠٠ من قانون المرافعات الملقى - يعتبر ناسخاً للقانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ فيما يتعلق بالتدخل فى قضايا الوقف - بحيث يكون تدخل النيابة فى قضايا الوقف الخبرى جوازياً ويستمر فيماعداه^(٣) .

والبطلان الناشئ عن عدم تدخل النيابة فى الدعوى الخاصة بعديمى

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٥٦/٦/٢ ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - ص ١٢٢ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/١/١٩ - للرجع السابق - السنة ٧ - ص ١١٧ ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٠٦ ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢١ - للرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٦٦ ، وإيضاً : إستئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٥٧/٤/١ - للحامة - السنة ٢٨ - ص ١١٧ .
(٣) تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - للرجع السابق ص ١٤٥ .

الأهلية وناقصيتها والغائبين والمفقودين لا يتعلق بالنظام العام ، ولكنه مقرر لصالح هؤلاء ومن ثم يتعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع (١) .

أحكام تدخل النيابة في الدعاوى :

٢٧٦- تناولت هذه الأحكام المواد ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ - وهي تخلص فيما يلي :

(١) يجوز للمحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبياً (م ٩٠) (٢) .

(٢) تعتبر النيابة العامة ممثلة في الدعوى متى قدمت مذكرة برأيها فيها ولا يتعين حضورها إلا إذا نص القانون على ذلك - وفي جميع الأحوال لا يتعين حضور النيابة عند النطق بالحكم (م ٩١) .

(٣) في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على تدخل النيابة ، يجب على قلم كتاب المحكمة إخبار النيابة بمجرد قيد الدعوى . فإذا عرضت أثناء الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة ، فيكون إخطارها بناء على أمر من المحكمة (م ٩٢) .

(٤) تمنح النيابة بناء على طلبها ميعاد سبعة أيام على الأقل لتقديم مذكرة بأقوالها ويبدأ هذا الميعاد من اليوم الذي يرسل لها فيه ملف مشتملاً على مستندات الخصوم ومذكراتهم (م ٩٣) .

(٥) يكون تدخل النيابة في أية حالة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة فيها (م ٩٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ١١٠٢ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٠٩ ، ونقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٨ - للرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٦١ ونقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٦ - للرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٥٢٢ .

(٢) تراجع أحكام النقض المتعلقة بتدخل النيابة في الدعاوى في قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للأستاذ المستشار صالح حنفي - طبعة ١٩٦٩ - ص ٣٢٤ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحي والي - المرجع السابق - ص ٢٢١ وما بعدها .

(٦) فى جميع الدعاوى التى تكون فيها النيابة طرفاً منضماً لا يجوز للخصوم بعد تقديم أقوالها وطلباتها أن يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بياناً كتابياً لتصحيح الوقائع التى ذكرتها النيابة - ومع ذلك يجوز للمحكمة فى الأحوال الإستثنائية التى ترى فيها قبول مستندات جديدة ، أو مذكرات تكميلية أن تأذن فى تقديمها وفى إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم (١٥٠) .

(٧) للنيابة العامة الطعن فى الحكم فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك (١٦٠) .

ميعاد الإستئناف وإجراءات رفعه :

٢٧٧- حددت المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، ميعاد الإستئناف بأنه أربعون يوماً يبدأ من تاريخ النطق بالحكم .

ونصت المادة ٢٣٠ مرافعات على إجراءات رفع الإستئناف ، وذلك بصحيفة تودع قلم الكتاب للحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وعلى أن تنبثق فى تحديد الجلسة ودعوة نوى الشأن إليها القواعد التى نصت عليها المادة ٢٢١ مرافعات . ومحصلها أن يتولى رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية تحديد جلسة لنظر الطلب أمام المحكمة ، ويعين الأشخاص الذين يدعون إليها ، ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور ، ويجب أن تشمل الورقة على ملخص الطلب .

تدخل النيابة العامة فى دعاوى الوقف والقصر :

٢٧٨- إن البطلان المترتب على عدم تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة بالوقف ، بطلان متعلق بالنظام العام ، ولحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك الطاعن به بل وبالرغم من معارضته فى الأخذ به (١) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٤ - الطعن ٢٥٢ لسنة ٢٤ ق - مجموعة الكتب -

وكل نزاع متعلقة بأصل الوقف أو بإنشائه أو بالشخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية وأصبح الاختصاص بنظره للمحاكم ، وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلاً ، يستوى في ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو تكون قد رفعت بإعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف ، تدخل النيابة أمام محكمة أول درجة لا يقنى عن وجوب تدخلها أمام محكمة الدرجة الثانية^(١).

إن مفاد نصوص المواد : الأولى من القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، والثانية والفقرة الثانية من المادة الثالثة من المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقوانين ٢٩٩ لسنة ١٩٦٢ و ٢٧ لسنة ١٩٥٤ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه كلما كان النزاع متعلقاً بأصل الوقف أو إنشائه أو شخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية في خصوص الوقف وأصبح الاختصاص بنظره للمحاكم عملاً بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية وأحال الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية ، فإن تدخل النيابة العامة يكون واجباً عند نظر هذا النزاع وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلاً ، يستوى في ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو أن تكون قد رفعت بإعتبارها دعوى ملكية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف^(٢) .

إن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بالقضايا الخاصة بالقصر بطلان نسبي مقرر لمصلحة القصر ، وجوب تمسكهم به أمام محكمة الموضوع ، عدم جواز التحدى به لأول مرة أمام محكمة

= - الفنى - السنة ١٩ - العدد ٢ - مدنى - ص ٧٥٥ - ونقض - جلسة ١٢/٢٣ / ١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٣١٢ وما بعدها .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - الطعن ٤١٠ لسنة ٣٤ ق - المرجع السابق - ص ٩٩٥ ، ونقض جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٦ - الطعن ٢٧٢ لسنة ٣٤ ق - المرجع السابق - ص ١٤٠٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٤٦١ .

النقض ، عدم التمسك به أمام محكمة الموضوع يفيد التنازل عن الحق المقرر لهم (١) .

فالقانون يوجب على النيابة التدخل في كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية . وإلا كان الحكم باطلاً ، والمقصود بالتدخل هو حضور ممثل النيابة العامة جلسات المحكمة (ولو مدنية) ، حتى يتحقق قصد الشارع في أن تؤدي النيابة وظيفتها بإعتبارها نائبة عن المجتمع في هذا النوع من القضايا ، والقول بغير هذا معناه حرمان النيابة من أن تكون آخر من يتكلم في هذه القضايا بما يؤدي إلى الإخلال بوظيفتها في هذا الخصوص (٢) .

فإذا إقتصرت رأى النيابة العامة على أن طلبات المدعى غير مقبولة ورأت المحكمة غير ذلك ، وسارت في الدعوى ، فلا عليها إن هي لم تعدها إلى النيابة لإبداء رأى جديد ، والقول بأن النيابة لم تكن آخر من تكلم ليس من شأنه إبطال الحكم ، إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إن طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت (٣) .

إنه وإن أجاز المشرع أن تتدخل النيابة العامة أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية في قضايا حدها ، وأوجب على كاتب المحكمة إخبار النيابة العامة في هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى ، حتى تتاح لها فرصة العلم بالنزاع وتقدير مدى الحاجة إلى تدخلها وإبداء رأيها فيه ، وأنه يترتب على إغفال هذا الإجراء الجوهري بطلان الحكم ، إلا أن هذا البطلان

(١) نقض - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠ - الطعن ٣٩٤ لسنة ٢٤ق - للرجع السابق - من ١٢٠٢ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - للرجع السابق - السنة ٢٢ العدد ١ - مدنى - من ٣٥٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠ - للرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - من ٤٥٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ - للرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ٢ - من ٩٦٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - من ٧٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٦ - للرجع السابق - العدد ٢ - من ١٢٢٤ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ - للرجع السابق - من ١٢٧٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/١٥ - للرجع السابق - السنة ١٥ - العدد ٧ - من ٥٥٠ ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/٦/١٩ - للرجع السابق - السنة ١٤ - من ٨٤٢ .

مقصود على أصحاب المصلحة فيه دون غيرهم من الخصوم ، وذلك على ما جرى به قضاء النقض (١) .

أصبحت النيابة العامة بعد صدور القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية ، فيكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات ، فلها أن تبدى الطلبات والفروع وتباشر كافة الإجراءات التي يباشرها الخصوم ، ولا تسرى عليها قواعد رد أعضاء النيابة ، وهو ما يجوز معه أن يكون عضو النيابة الذي يبدى رأيه أمام محكمة أول درجة هو نفسه الذي يبدى رأيه أمام محكمة الاستئناف (٢) .

أصول قضائية حديثة في تدخل النيابة في القضايا الشرعية :

٢٧٨ مكرر (١) النيابة العامة طرف أصلي في قضاء الأحوال الشخصية الكلية بعد صدور القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ مما لا يجيز للخصوم أن يعقبوا على رأيها ، إلا أن ذلك مقيد بأن تكون النيابة العامة قد أبدت دفوعاً أو أوجه جديدة لم يسبق إثارتها (٣) .

(٢) إذا فوضت النيابة الرأي لمحكمة الاستئناف بعد أن قدم طرفاً الخصومة أدلتها على ثبوت ونفي الهجر كسبب للمضارة المبيحة للتفريق بينهما ، فإن النيابة العامة تكون بذلك . وعلى ما جرى به قضاء النقض - قد أبدت رأيها في القضية ، بما مؤداه تفويض الرأي للمحكمة في تقدير اقوال الشهود وسائر الأدلة والترجيح بينهما بما يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وإبداء الرأي في قضايا الأحوال الشخصية (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٠ - للرجع السابق - الصنة ٢٤ - من ٤٥٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٢/١٨ - للرجع السابق - السنة ٢٢ - من ٣٥٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ - م م ف - ٢٣ - ٣ - ١٣٧٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/٢٤ - الطعن ٣٠ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ - الطعن ٣٤ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) .

(٣) إنتفات الحكم عن الرأى الذى أبنته النيابة قد دل على أنه لم يرد الأخذ به (١) .

(٤) إنا كان القانون لم يوجب إبداء النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، إذ يحمل سكوتها على أنها لم تر فيها ما يغير رأيها الذى سبق أن أبنته ، وكان البطلان لعدم إبداء النيابة رأيها لا يصادف محله إلا إنا طلبت النيابة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما رأت (٢) .

(١) نقض - جلسة ٢٣/٤/١٩٨٥ - الطعن ٥١ لسنة ٥٤ ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ١٦/١٢/١٩٨٦ - الطعن ٥٠ لسنة ٥٥ ق (أحوال شخصية) .

الباب الرابع

إجراءات الجلسات ونظامها

٢٧٩- كانت للواد من ٦٢ إلى ٧٢ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد إجراءات الجلسات ونظامها ، ولكن هذه المواد إمتد إليها الإلغاء الذى قرره القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء (م ١٢ مت) ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة من القانون المذكور فإن قانون المرافعات هو القانون الواجب التطبيق .

وقد بينت المواد من ٩٧ إلى ١٠٧ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ إجراءات الجلسات ونظامها فى فصلين للباب الخامس من الكتاب الأول .

وسوف نتناول هذه الأحكام فى فصلين (١) .

(١) يراجع فى ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد - أبو الوفا - المجلد ١ - والوسيط فى شرح قانون المرافعات الجديد - للدكتور رمزى سيف - وتلخيص المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص ١٥٠ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين الدنامورى ، وحامد عكاز - ص ١٠٥ ، والقانون القضائى الخاص ، للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ٦٥٧ وما بعدها ، والمستحدث فى قانون المرافعات الجديد - للدكتور أبو الوفا - طبعة ١٩٦٨ - ص ٩٦ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - طبعة ١٩٦٢ - ص ٢٥٧ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات - جزء ١ - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٣٥١ وما بعدها .

الفصل الأول

إجراءات الجلسات

تغريم الخصوم لعدم تقديم مستنداتهم في الميعاد المقرر :

٢٨٠- نصت المادة ٩٧ من قانون المرافعات الجديد على أن تجري المرافعة في أول جلسة محددة لنظر الدعوى (١) ، وكانت المادة ٦٥ منه قد أوجبت على المدعى أن يرفق مستنداته مع صحيفة دعواه ، وعلى المدعى أن يودع مذكرة بدفاعه وأن يرفق بها مستنداته قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل ، وذلك في غير الدعاوى المستعجلة .

فإذا لم تقدم تلك المستندات في الميعاد المذكور وترتب على تقديمها في أولى جلسات المرافعة وقبولها تأجيل الدعوى ، حكمت المحكمة عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه (٢) .

ومع ذلك يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة .

والذي نراه في صدد قبول المستند ، وفي تغريم المتسبب من طرفي الخصومة في التأجيل بسبب تقديم المستند ، أن ذلك كله من إطلاقات قاضي الدعوى ، ومن سلطته في التقدير ، وهو غالباً ما يرى أن حسن سير العدالة يقتضى قبول المستند والإعفاء من الغرامة .

ونصت المادة ٩٨ مرافعات على عدم جواز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع .

(١) والمقصود بعبارة (أول جلسة) التي تجري فيها المرافعة ، هي الجلسة التي تستكمل فيها الدعوى شكلها (التعليق على قانون المرافعات - للأستاذين عز

الدين الدناصوري وحامد عكاز - ص ١٠٥ هامش ١) .

(٢) تنظر تعليمات وزارة العدل في شأن تنفيذ حكم الغرامة .

ونص هذه المادة تنظيمي لا يترتب على مخالفته ثمة جزاءات ، ولكن المراد منها حث القضاة والخصوم على تلاقي تأجيل الدعوى بغير مبرر ، ولا يترتب البطلان على عمل القاضى مع هذا النص إن هو أفسح الأجل أو كرر التأجيل حين يرى مبرراً لذلك . ولكن يبقى الأصل فى حدود ما استحسنته النص (١) ، فضلاً عن أن العبارة الناهية أو النافية - فى قانون المرافعات الجديد - لا تؤدى بذاتها إلى تقرير البطلان ، لأنه يجب أن يكون بلفظ البطلان صراحة (٢) .

تفريم العاملين بالحكمة والخصوم لعدم تنفيذ قرار المحكمة :

٢٨١- تقضى المادة ٩٩ من قانون المرافعات الجديد بأن تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات فى اليمين الذى حددته له المحكمة، بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تجاوز مائتى جنيه .

ويكون ذلك بقرار يثبت بحضور الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية ، ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ، ولكن للمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة أو بعضها إذا أبدى عنراً مقبولاً .

ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز شهراً وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرت به المحكمة جاز الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن .

إن سماع أقوال المدعى قبل الحكم بالوقف وموافقته عليه لا يغير من طبيعة الوقف الجزائى (٣) .

(١) راجع تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة حول مشروع هذه المادة .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - للجلد ١ - ص ٢٧٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٦/١/١٩٥٦ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٢١٨ .

ولا يجوز تحريك الدعوى قبل إنقضاء مدة الوقف ولو إستكمل المدعى ما فاتة (١) .

وإذا تعدد المدعون فى الخصومة فإنه قد يصعب إعتبارها كأن لم تكن بالنسبة إلى المهمل منهم وإستمرارها بالنسبة إلى الباقى .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمره به القاضى ، وتخلف هو وخصمه عن الحضور فى الجلسة المحددة لنظرها ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن وإنما يتعين عليه أن يقضى بشطب الدعوى .

ولا يجوز للقاضى أن يحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا بعد موافقة المدعى عليه .

واحكم بإعتبار الخصومة كأن لم تكن أمر جوازى .

ويترتب على الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال الخصومة وزوال سائر إجراءاتها والآثار القانونية المترتبة على قيامها ، ويعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها من قبل رفع الدعوى ، وإنما لا يمس كل هذا أصل الحق المدعى به فيجوز تمديد طلبه بدعوى أخرى ما لم يكن قد سقط بالتقادم (٢) .

كما أن الحكم بإعتبار الخصومة كأن لم تكن لا يؤثر فيما يكون قد صدر فيها من أحكام قطعية ، فهذه لا تسقط ولا يسقط الحق الثابت فيها إلا بمضى ١٥ سنة عملاً بالأصل العام فى التشريع .

هذا وتطبق فى شأن الطعن فى الحكم الصادر بإعتبار الخصومة كأن لم تكن القواعد العامة (٣) .

(١) الأسور للمستعجلة بالقاهرة - جلسة ١٩٥٠/١/٢٠ - للحامدة - السنة ٢٠ - ص ٨٠٠ .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١، ص ٢٩٩ .

(٣) أصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - طبعة ١٩٦٩ - ص ٥٢٩ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق -

ويكون تنفيذ أحكام الغرامات بعد إخبار المحكوم عليه بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يوجه له قلم الكتاب (م ١٠٠ مرافعات) (١) .

وإن الغرامة التي يقضى بها على العامل بالحكمة (الحاضر هنا) مقررة لصالح الخزينة العامة ، فليس للخصم مصلحة في النفي على الحكم إغفاله توقيع هذا الجزاء على المحضر الذي تسبب بخطئه في بطلان الإعلان (٢) .

طبيعة الحكم بوقف الدعوى جزاء :

٢٨١ مكرر - هذا ، والحكم بوقف الدعوى جزاء إعمالاً لحكم المادة ٩٩ مرافعات لا يتصل بموضوع الدعوى ، ولا يفصل في نزاع بين الخصوم ، ولا يبت في أية مسألة متفرعة عنه ، ولا يمكن بذلك اعتباره حكماً قطعياً في مسألة متفرعة عن النزاع ، وإن كان يجوز إستثنائه إستقلالاً فور صدوره دون إنتظار للحكم في الموضوع عملاً بالمادة ٢١٢ مرافعات . وليس من شأنه أن يحول دون إستحقاق نصف الرسم إذا صدر قبل حصول الصلح في الدعوى في تطبيق المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية (٣) .

ويختلف تكليف الحكم الصادر بوقف الدعوى بإختلاف الحالة التي يصير فيها الحكم ، وإن غاية الإيقاف هي التي تعدد طبيعة الحكم الصادر به ، فالحكم بوقف الدعوى عقاباً للمدعى الذي يهمل في إتخاذ ما تأمر به المحكمة ، يعد حكماً قطعياً يجوز الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة ، لأن المشرع لم يحظر الطعن فيه خلافاً لما فعل بالنسبة لحكم الغرامة (٤) .

- ص ٢٨٠ ، والوسيط في شرح المرافعات للدكتور رمزي سيف - ص ٥٥٦ وما بعدها ، وتلخيص المرافعات في ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص ١٥٢ .

(١) والأحكام التي لوردتها المادة ١٠٠ مرافعات إستثناء من القواعد العامة التي تقضى بأن تنفيذ الحكم لا يجوز إلا بعد إعلان الخصم به على يد محضر (التعليق - للدناصورى وعكاز - ص ١٠٨) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٩ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى - ص ١٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٢٦٢ .

(٤) نظرية الأحكام - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١ - ص ٤٢٢ ، وقانون المرافعات -

الفصل الثانى

نظام الجلسات

علنية الجلسات :

٢٨٢- الأصل هو علنية المرافعة حتى يتسنى للمتقاضين مراقبة أعمال المحاكم وتشعرهم بالإطمئنان إلى قضائتها ، وتدفع القضاة إلى العناية بأحكامهم .

إلا أن للمحكمة أن تجريها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة ، وذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، على أن ينطق بالحكم فى جلسة علنية وهذه المادة معدلة طبقاً للمادة الخامسة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وسلطة المحكمة فى جعل الجلسة سرية سلطة تقديرية حسبما هو مستفاد من نص المادة ١٠١ من قانون المرافعات الجديد .

ولا يترتب بطلان ما إذا كانت دواعى النظام العام أو حسن الآداب تقتضى جعل الجلسة سرية ومع ذلك نظرت الدعوى فى جلسة علنية .

والنظام العام فى الدولة هو تنظيمها الذى تسير عليه ضماناً لكيانها والأمن والأخلاق فيها .

والنظام العام وحسن الآداب نسبى يختلف من جيل إلى جيل ومن دولة إلى دولة (١) .

ويجب الإستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها . ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم (م ١٠٢ مرافعات) .

- للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ٢٦٢ ، وتعليمات وزارة العدل ، ونظرية الدفع للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٧ - ص ١٧٢ وما بعدها .

(١) التعليق - للدكتور أحمد أبو الوفا - مجلد ١ - للرجع السابق - ص ٢٨٢ ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - للرجع السابق - ٥٥٨ .

إثبات الصلح بمحضر الجلسة :

٢٨٣- للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات ما إتفقوا عليه في محضر الجلسة ، ويرقع منهم لو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما إتفقوا عليه الحق الإتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام (م ١٠٢م) مرافعات جديد) .

وقد قصد بهذا النص تبسيط الإجراءات ، فتنتهى الخصومة بصلح بغير حاجة إلى إصدار حكم بالتصديق عليه ، ويسرى حكم هذا النص في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وسواء في الاستئناف، بل ولو بعد قفل باب المرافعة (١) .

وسبق أن تناولنا في مجالس الصلح بحث أحكام الصلح الذي يثبت بمحضر الجلسة (٢) . أما إذا رجع أحد الخصمين في الصلح الذي أبرمه فلا يجوز توثيقه ، وإنما يجوز إعتباره سنداً في الدعوى والحكم بما تضمنته (٣) . إن القاضى وهو يصنق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة ، لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الإتفاق، ومن ثم فإن هذا الإتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته (٤) .

إن من المقرر قانوناً أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو

(١) التعليق - للدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق- ص ٢٨٢ ، والمرافعات - طبعة ٨ - ١٩٦٥ - ص ٦٦٩ ، والطبعة ١١ - ١٩٧٥ .

(٢) راجع ما ذكرناه بالفقرات ١٠٦ و ١٠٧ و ١٠٨ من هذا المؤلف .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ - مجموعة للكتب الفنية - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٣٢٦ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٥٤/٤/١٩ - مجموعة القواعد القانونية - في ٢٥ سنة - جزء ٢ - قاعدة ٣ - ٧٥٠ .

يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إبعائه (١) .

إن محضر الصلح المصدق عليه بالحكمة لا يخرج عن كونه عقداً قابلاً للتفسير كباقي العقود ، فما دام تفسير القاضي للوضع له مستساغاً فلا معقب عليه فيما يراه فيه (٢) .

وللغير الذي أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبسدى الدفع بالبطلان ، وذلك بالتدخل في الدعوى التي حصل فيها الصلح ، فإنما تدخل الغير في دعوى منظورة ، مدعياً أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الخصم في مواجهته بإنهاء الدعوى صلحاً كان في مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيساً على أن الصلح قد أنهى الدعوى ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحاً صحيحاً ، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل بحكم يقضى بصحة الصلح (٣) .

مبادئ قضائية في الصلح :

(١) دعوى نفقة زوجية وصغار :

إنتهت صلحاً كالثابت بمحضر جلسة ١٠/٢٦/١٩٧٥ .

قضت المحكمة بجلسة ١١/٢/١٩٧٥ بالنفقة (١) .

(١) نقض (جنائي) - جلسة ١٩٦٦/٢/٧ - الطعن ١٩٨٢ لسنة ٣٥ق - مجموعة الكتب الفني - السنة ١٧ - ص ٢٣٦ وما بعدها

(٢) نقض - جلسة ١٩٤٩/١/٢٠ - مجموعة القواعد القانونية - سنة ٢٥ - جزء ٢ - قاعدة ٤ - ص ٥٧٠ .

(٣) نقض - ١٩٧٠/٥/١٤ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ٢ - ص ٨٢٠ وما بعدها .

(٤) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/٢ - القضية ٢٠١ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس . والقضايا ١٢٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط - جلسة ١٩٧٥/١٠/١٤ . و. ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط - جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ و ١٩٧٥ و ١٢٨ و ١٥٢ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط - جلسة ١٩٧٥/١١/١٨

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان القاضى - فى الصلح - يقوم محل الموثق فى إثباته طبقاً لنص المادة ١٠٢ مرافعات ، وإذ خالف الحكم ذلك وقضى فى موضوع الدعوى ، فإنه يكون مخالفاً للقانون ، مخطئاً فى تطبيقه .

(٢) نفقة الأقارب :

إنتهت صلحاً بين المدعى والمدعى عليهما الأول والرابع .

ورثق السيد / القاضى الصلح بمحضر جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ ، ثم إتبع ذلك بالإلئن للمدعى بالإستدانة .

ثم فى منطوق آخر وبنات الجلسة قضى عليهما بإثبات ترك المدعى للخصومة بالنسبة للمدعى الثانى والثالث وبإلزام المدعى بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان القاضى إعمالاً للمادة ١٠٢ مرافعات لا يفصل فى خصومة ، وإنما يوثق صلحاً ، وبالتالي فلا يجوز له القضاء بالإلئن بالإستدانة بإعتباره قضاء موضوعياً ، وإذ خالف الحكم هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

- طلبت المدعية حكماً بقرض نفقة عدتها على مطلقها .

ويجلسة ١٩٧٣/٢/٣٠ حضرت المدعية مجلس الدعوى وأقرت بتنازلها عن كافة حقوقها ، وقدمت صورة من (محضر الصلح) وطلبت من وكيل المدعى عليه الغائب إعتداد الصلح .

وبنات الجلسة حكمت المحكمة بإعتداد الصلح وإعتباره فى قوة السند الواجب التنفيذ مع إعفاء المدعية من المصاريف (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

(١) مركز الزقازيق - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ - القضية رقم ٥١ سنة ١٩٧٥ شرعى ، والقضية ٤٠٩ سنة ١٩٧٤ لحوال نفس الخليفة .

(٢) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٢/٣٠ القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٢ لحوال نفس جزئى .

١- أنه وثق صلحاً لم يحضر أحد طرفيه وهو المدعى عليه لإقراره ، ولم تتحقق للحكمة من أن الوكيل الحاضر عنه مفوض تفويضاً خاصاً في إقراره ، مما يخالف المادتين ٧٦ من قانون المرافعات و ٧٠٢ من القانون المدني .

٢- أنه وقد ألحق إتفاق الصلح بمحضر الجلسة يكون قد أنهى النزاع فلا يملك العودة إليه بالقضاء في مصروفاته .

٣- أنه خالف القانون بإعفائه المدعية من المصروفات مما لا يجوز إلا في الأحوال التي نص عليها القانون .

وإذ كان الحكم للطعون فيه إنتهى إلى أن المحرر قد اعوزته المقومات التي جعل منه صلحاً في مفهوم القاعدة القانونية القائلة بأن يكون الإتفاق على الصلح بين الطرفين متضمناً نزول كل منهما على وجه التقابل عن بعض حقوقه حسماً للنزاع القائم بشأنها بينهما ، فإنه لا يكون سديكاً (١) .

ضبط الجلسة وإدارتها :

٢٨٤- ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها ، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة يكون له في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ، فإن لم يمثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعة وعشرين ساعة أو بتفريجه جنيهاً واحداً ، ويكون حكمها بذلك نهائياً.

فإن كان الإخلال قد وقع ممن يؤدون وظيفة في المحكمة كان لها أن توقع أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات التأديبية.

وللمحكمة إلى ما قبل إنتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذي تصدره بناء على الفقرتين السابقتين (م ١٠٤ من قانون المرافعات الجديد) .

وللمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات (م ١٠٥) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ - للرجع السابق - ص ٩٠٠ وما بعدها .

ومع مراعاة أحكام قانون الحاماة يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء إنعقادها وبما يرى إتخاذها من إجراءات التحقيق ثم يأمر بإحالة الأوراق إلى النيابة لإجراء ما يلزم فيها ، فإذا كانت الجريمة التي وقعت جنائية أو جنحة كان له إذا إقتضت الحال أن يأمر بالقبض على من وقعت منه (١٠٦) .

هذا ، ويقضى قانون للحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ بعدم جواز القبض على المحامى أو حبسه إحتياطياً لما ينسب إليه فى جرائم القذف والسب والإهانة بسبب أقوال أو كتابات صدرت عنه أثناء أو بسبب ممارسته المهنة ، ويحذر فى هذه الحالة محضر بما حدث وتبلغ صورته إلى مجلس النقابة ، وكذلك الحال بالنسبة لجرائم الجلسات (١) .

متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلائلها والتفت الحكم عنها كلها أو بعضها مع ما قد يكون لها من دلالة ، فإنه يكون معيباً بالقصور (٢) .

جرائم الجلسات :

٢٨٥- مع مراعاة أحكام قانون الحاماة للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء إنعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالعقوبة .

وللمحكمة أيضاً أن تحاكم من شهد زوراً بالجلسة وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهاد الزور .

ويكون حكم المحكمة فى هذه الأحوال نافذاً ولو حصل إستئنافه (١٠٧م مرافعات) .

إن ما يتطلبه القانون للمعاقبة على شهادة الزور هو أن يقرر الشاهد

(١) راجع ما قلناه فقرة ٩٦ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٤٠ لسنة ٦٣ق (أحوال) - المصيط - للمستشار حسن منصور - المرجع السابق - ص ٤٤٥ ، وانظر - ص ٤٩٢ منه .

أمام المحكمة بعد حلف اليمين أقوالاً يعلم أنها تخالف الحقيقة بقصد تضليل القضاء (١) .

وإذا كان الشاهد قد عدل بالجلسة عما سبق له أن أبناه من الأقوال الكاذبة إلى ما قرره في شهادته الأولى وجاء عدوله بعد توجيهه تهمة شهادة الزور وقيل قفل باب المرافعة في الدعوى ؛ فإن إبانته على جريمتها شهادة الزور لا تكون صحيحة في القانون (٢) .

وللنيابة والمحكمة بمقتضى القانون أن توجه في الجلسة تهمة شهادة الزور إلى كل من ترى أنه لا يقول الصدق من الشهود ولا يصح بعد ذلك من وسائل التهديد أو الضغط على الشاهد (٣) .

إذا وقع إعتداء بالجلسة على هيئة قضاء محكمة الأحوال الشخصية بمحكمة الجيزة الابتدائية (من محام ووزير سابق شقيق لإحدى طرفي الخصومة) ، فإن القضية الثلاثة طبقاً للقانون الجنائي ممنوعون من نظر دعوى الجثة وبالتالي نظر الرد المتفرع عنها . لما فيما يختص ببقية قضاة محكمة الجيزة الابتدائية ، فليس هناك مانع قانوني من جلوسهم لنظر جثة التعدي لأن لخصومة بينهم وبين طالب الرد كما هو مفهوم أمر الخصومة . فالخصومة قائمة بين طالب الرد وقضاة هيئة الأحوال الشخصية دون غيرهم ، ولا تمتد هذه الخصومة بالتبعية إلى باقي قضاة محكمة الجيزة الابتدائية (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٤٢/٦/٢١ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ٢ - قاعدة ٧ - ص ٧٨٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/٣/٢١ - للرجع السابق - قاعدة ١٦ - ص ٧٨٥ .

(٣) نقض (جنائي) - جلسة ١٩٤٦/١/٧ - المرجع السابق - قاعدة ٧٨٦٥ ، ويحث : جريمة شهادة الزور - للقاضي أحمد محمود حسني - المحاماة - السنة ٤٢ ومبادئ القضاء المدني - للدكتور فتحي والي - ط ٢ - ١٩٧٥ - ص ٤٢١، ٤٢٢ .

(٤) إستئناف القاهرة - بثرة الجنائيات (غرفة المشورة) - جلسة ١٩٦٠/٤/٣٠ - المجموعة الرسمية - العدد ٨٧ - السنة ٥٩ - ص ٢٠٢ ، والفهرس - ص ٧٧ وما بعدها ، والمرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ - ١٩٦٥ - ص ٦٦٨ ، وطبعة ١١ ، ١٩٧٥ .

الباب الخامس

الدفع، والإدخال، والطلبات العارضة، والتدخل

٢٨٦- كانت المواد من ١٠٠ حتى ١١٤ من اللائحة التشريعية تنظم قواعد رفع الدعوى قبل الجواب عنها ودعوى خصم ثالث فيها .

إلا أن تلك المواد تناولها قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء (م١٢) .

ومن ثم عملاً بالمادة الخامسة من قانون التوحيد المذكور يكون قانون المرافعات المدنية هو الواجب التطبيق .

وقد تناول قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ لحكام الدفع والإدخال والطلبات العارضة والتدخل في المواد من ١٠٨ إلى ١٢٧ في فصول ثلاثة : الأولى - في الدفع ، والثانية - في إختصاص الغير وإدخال ضامن ، والثالث - في الطلبات العارضة والتدخل .

ونحن بدورنا - نتناول هذه الأحكام في الفصول الثلاثة التالية (١) .

(١) يراجع في ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد - أبو الوفا- المجلد ١ - ص ٢٨٩ وما بعدها ، والوسيط في شرح قانون المرافعات الجديد - للدكتور رمزي سيف - ص ٢٣١ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين المناصوري وحامد عكاز - طبعة ١٩٦٨ - ص ١١٢ وما بعدها . وتقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص ١٥٧ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٤٢٧ وما بعدها ، والوجيز في مبادئ القضاء المدني للدكتور وجدي راغب - ١٩٧٧ - ص ٣٦١ وما بعدها .

الفصل الأول

الدفع

٢٨٧- الدفع هو وسيلة الرد على الطلبات التي توجه إلى المدعى عليه (الخصم) والدفع كثيرة ومتنوعة .

وقد حصرتها المواد ١٠٨ وما بعدها من قانون المرافعات الجديد ، وهي أنواع ثلاثة رئيسية :

(١) دفع موضوعية - تصور المنازعة في الحق المدعى به .

(٢) دفع شكلية - تصور الطعن على صحة الخصومة .

(٣) دفع بعدم القبول - تصور المنازعة في حق رافع الدعوى في رفعها .

كما حددت تلك المواد القواعد التي تحكم هذه الدفع وما يسقط الحق في التمسك بها .

ويميز جلاسون (١) بين أنواع الدفع الموضوعية ، والشكلية ، وعدم القبول ، ووضع لذلك الضابط التالي :

La défense s'attaque en droit prétendu, l'exception, s'attaque a procédure la fin de non recevoir, au droit d'action, le défendeur qui oppose une fin de non récovoir ne dit donc pas au demandeur, "Votre droit n'existe pas" (défense), ni votre instance a été mal engagé(expection), il lui dit " vous n'avez pas d'action, parce que vous êtes diponr vu d'intérêt ou saus qualité on parce que votre action est éteinte" .

(١) جلاسون ونبيسييه - جزء ١ - فقرة ٢٢٧ .

قواعد الدفوع الشككية وما يسقط الحق فى التمسك بها :

٢٨٨- الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى (لقيام ذات النزاع أمامها ، أو للإرتباط) ، والدفع بالبطلان ، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات - يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع إذا لم يبدّها فى صحيفة الطعن ، ويحكم فى هذه الدفوع على إستقلال ، ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع ، وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة .

ويجب إيداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (١٠٨٣ مرافعات) .

ويتعين إيداء جميع الدفوع الشككية فى مذكرة واحدة أو فى مرافعة واحدة ، وبالأسباب التى تبنى عليها ، وذلك قبل التكلم فى الموضوع ، ما لم تكن تلك الدفوع متعلقة بالنظام العام فهذه يمكن إيدائها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى النقض (كالدفوع بعدم الاختصاص النوعى أو الوظيفى أو القيمى) .

وإذا تخلف الخصم عن الحضور فى جميع الجلسات وعن التمسك بدفوع شككية لا تتعلق بالنظام العام وجب عليه الإدلاء بها جميعاً فى صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها .

إن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالدعى به دفع شكلى يجب إيدأؤه قبل التعرض للموضوع وإلا سقط الحق فى التمسك به ، وهذا البطلان الذى يلحق الصحيفة بسبب هذا التجهيل بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام (١) .

إن إقتصار التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى على هذا الدفع فليس له أن يعيب على الحكم أن المحكمة فصلت فى الدفع وفى موضوع الدعوى معاً دون أن تفصل فيه إستقلالاً أو أن تقرر بضمه للموضوع ، ذلك لأن الدفع

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/٢/٢٩ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٢ - ص ٢٣٩ .

بعدم قبول الدعوى مستقل بصورته فى التشريع المصرى عن غيره من الدفوع التى تبدى قبل التكلم فى الموضوع ويقتضى أمرها الحكم فيها على استقلال أو الأمر بضمها إلى الموضوع ويتعين على من يتمسك بهذا الدفع- إن كان لديه ما يدفع به الدعوى فى موضوعها - أن يبيده والا يحضر دفاعه فى الدفع بعدم القبول (١) .

إن الدفع بعدم القبول لإنتفاء الصفة الذى ميناه طلب إطراح المسؤولية عن التمسك بالدفع بصفته الشخصية هو دفع موضوعى ، الحكم برفض الدعوى لا خطأ (٢) .

إن الدفع بالتقادم دفع موضوعى يجوز إبدائه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف ، والنزول عنه لا يفترض (٣) .

إن الدفع بمضى المدة المانعة من سماع الدعوى غير متعلق بالنظام العام ، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (٤) .

إنما لم يبد الطاعن دفعه ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى لبطلان إعلانها إلا فى آخر جلسات المرافعة وبعد أن تكلم فى موضوع الدعوى وأبدى دفاعه فيها ، فإن حقه فى هذا الدفع يسقط (٥) .

إن الدفع بطلب الإحالة للإرتباط بعد التكلم فى موضوع الدعوى بالطعن بالصورية . ثم صدور العقد موضوع الدعوى فى مرض الموت ، سقوط الحق فى هذا الدفع (٦) .

لا على المحكمة إذا ما قضت فى الدفع وفى الموضوع معاً متى أُنِحت

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٨٢٤ .
 - (٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ - للمرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٢٢٣ .
 - (٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/١٨ - للمرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٠ .
 - (٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - للمرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٩٦ .
 - (٥) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ - للمرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٩٩٦ .
 - (٦) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ١٩٩٦ وما بعدها .

الفرصة للخصوم لإبداء دفاعهم الموضوعي وأبدوه فعلاً (١) .

الدفع المتعلقة بالنظام العام :

٢٨٩- الدفع بعدم إختصاص المحكمة لإنتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها ، تحكم للمحكمة به من تلقاء نفسها .

ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ١٠٩م من قانون المرافعات الجديد .

فمسألة الإختصاص المتعلقة بالنظام العام مطروحة دائماً على المحكمة ، ويعتبر الحكم في الموضوع مشتملاً حتماً على قضاء ضمنى في الإختصاص .

ويذهب رأى إلى القول بأن إعتبار الإختصاص القيمي من النظام العام لا يتمشى مع وجهة النظر الإشتراكية ، وكان من الأولق إجازة التمسك بعدم الإختصاص القيمي حتى قبل باب المرافعة في الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى فقط ، وعدم إجازته في الإستئناف أو النقض حتى لا تُلغى أحكام موضوعية قد تكون صحيحة في ذاتها (٢) .

وقد إستقر قضاء النقض على أن مسألة الإختصاص المتعلقة بنوع الدعوى أو قيمتها تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائماً على المحكمة ، ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملاً حتماً على قضاء ضمنى في الإختصاص (٣) .

إن تشكيل دوائر لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف هو تنظيم داخلي للمحكمة لا يتعلق بالإختصاص النوعي وإثارة متعلقة بالوقف أمام الدائرة المدنية ، وقف الدعوى حتى يفصل في تلك المسألة من دائرة الأحوال الشخصية خطأ (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ ، للرجع السابق ، ص ١٦٧ .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، ص ٢٩٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ ، للعلامة ، السنة ٤٠ ، ص ١٨٢٢ ، ونقض -

جلسة ١٩٦٦/١٢/١٧ ، مجموعة للكتب الفني ، السنة ١٧ ، ص ١٨٢ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ ، للرجع السابق ، السنة ١٧ - ص ١٢٨٤ .

إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة :

٢٩٠- على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية ويجوز لها عندئذ أن تحكم بقرامة لا تجاوز مائتى جنيه .

وتلتزم المحكمة للحال إليها الدعوى بنظرها (م ١١٠ مرافعات) .

لقد أصبحت إحالة الدعوى واجبة على المحكمة سواء قضت بعدم اختصاصها محلياً أو نوعياً أو وظيفياً .

وتكون إحالة الدعوى بحالتها التي وصلت إليها ، ولا يحول دون ذلك صدور حكم متعلق بالتحقيق (١) .

وتلتزم المحكمة للحال إليها الدعوى بنظرها ، ما لم تر أنها رغم الإحالة إليها غير مختصة بنظرها اختصاصاً متعلقاً بالنظام العام ، أو نوعياً ، أو بسبب الوظيفة ، فإن للمحكمة للحال إليها - فى هذه الأحوال - أن تحكم بعدم اختصاصها هى الأخرى وبإحالتها إلى المحكمة المختصة نوعياً أو وظيفياً .

وعلى المحكمة للحال إليها الدعوى أن تنظرها بحالتها التي أحيلت بها . ومن ثم فإن ما تم صحيحاً من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحاً بما فى ذلك إجراءات رفع الدعوى . وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة للحال إليها الدعوى من حيث إنتهت إجراءاتها أمام المحكمة التي أحالتها ، فإذا ما تمت تهيئة الدعوى للمرافعة بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المحلية ، فلا يقتضى الأمر من المحكمة للحال إليها إتخاذ إجراءات جديدة لتحضيرها (٢) .

ولذا إتفق الخصوم على التقاضى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي إتفقوا عليها م ١١١ .

(١) نقض - جلسة ١٠/٢/١٩٥٥ ، الحاماة ، السنة ٣٦ ، ص ٥١٧ ، ونقض - جلسة

١٦/٦/١٩٥٥ ، مجموعة الكتب الفنى ، السنة ٦ ، ص ١٢٥ .

(٢) نقض - جلسة ٢٠/٦/١٩٦٢ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٨٠٦ .

وهذا يفترض أن تكون المحكمة مختصة بنظر النزاع إختصاصاً لا يتعلق بالنظام العام .

وإذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه .

وإذا دفع بالإحالة للإرتباط جاز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها م ١١٢م .

والإرتباط هو صلة وثيقة بين الدعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقهما وتحكم فيهما معاً منعاً من صدور أحكام لا توافق بينهما (١) .

وكلما حكمت المحكمة في الأحوال المتقدمة بالإحالة كان عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى وعلى قلم الكتاب إخبار الغائبين من الخصوم بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول (م ١١٣) .

والقرار الصادر بإحالة القضية من إحدى نواثر المحكمة إلى دائرة أخرى لا يدخل في نطاقها المادة ٢٣٩ مرافعات ملغى (المقابلة للمادة ١١٣ مرافعات جديد) ولا يجرى عليها حكمها وهو مما لا يوجب القانون على قلم الكتاب إخطار الغائبين من الخصوم به (٢) .

إن بطلان صحف الدعوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة ، يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعة (م ١٤٤) .

هل يزول البطلان الناشئ عن عيب في الإعلان بحضور المدعى عليه في الجلسة :

٢٩١- لقد قضت محكمة النقض (٣) بأن بطلان الإجراء وجوباً يكون في حالتين :

(١) المرافعات للدنية ، لأستاذنا للرحوم الدكتور محمد حامد فهمي ، بند رقم ٤١٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٢/٢/١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - ص ٨٧ - ١٠٨٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٢/١/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٣٢ .

إذا نص القانون على البطلان بلفظه أو بعبارة ناهية أو نافية تقتضيه اعتباراً بأن المشرع قدر أهمية الإجراء وافترض ترتب الضرر عليه . أو إذا كان العيب الذي شاب الإجراء - في حالة عدم النص - عيباً جوهرياً بشرط أن يثبت أنه قد أضر بالتمسك بالبطلان .

وقضت أيضاً (١) بأن إذا لم يبد الطاعن دفعه ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى لبطلان إعلانها إلا في آخر جلسات المرافعة وبعد أن تكلم في موضوع الدعوى وأبدى دفاعه ، فإن حقه في هذا الدفع يسقط .

وقضت كذلك (٢) بأن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام على ما يستفاد من نص المادتين ١٢٢ و ١٤٠ مرافعات (المقابلتين للمادتين ١٠٨ و ١١٤ مرافعات جديد) وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذي تقرر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع .

وقضت (٣) بأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إيداعه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه طبقاً للمادة ١٤١ مرافعات والمقابلة للمادة ١١٥ مرافعات جديد ، وطبقاً للمادة ١٢٢ مرافعات والمقابلة للمادة ١٠٨ مرافعات جديد .

وقضت (٤) بأن قانون المرافعات لم يشترط لصحة إعلان صحيفة إفتتاح الدعوى إشتمالها على تحديد الدائرة التي ستنظر أمامها الدعوى ، وإنما أوجبت فقط بيان المحكمة المطلوب حضور الخصوم أمامها واليوم والساعة الواجب حضورهم فيها ، ومن ثم فإن إغفال بيان الدائرة في ورقة إعلان صحيفة الدعوى لا يترتب عليه بطلانها لأن قانون المرافعات لا يتطلب هذا البيان إعتباراً بأن تحديد الدائرة في المحكمة الواحدة وتوزيع

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠ ، للرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص ١٩٩٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٢٧ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص ١٩٤٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ - للرجع السابق - السنة ١٨ - مسنى - ص ١٩٢٢ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ ، للرجع السابق ، السنة ٢٩ ، مسنى ، ص ١٤٤٠ .

القضايا عليها هو من الأعمال التنظيمية الداخلية التي تجريها الجمعية العمومية لكل محكمة .

الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى :

٢٩٢- تقضى للمادة ١١٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ بأنه يجوز إيداء الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حال تكون عليها^(١)، وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لإنتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ويجوز لها فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتى جنيهاً^(٢) .

فلا يخل بتصحيح صفة المدعى عليه بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى ، سواء كانت من مدد التقادم أو مواعيد السقوط أو الطعن فى الأحكام ، بشرط أن يتم هذا التصحيح فى الميعاد المقرر لرفع الدعوى . ولا يكون إختصاص ذى الصفة إلا أمام محكمة أول درجة لأنه لا يجوز إختصاص من لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى .

ويبدى الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الإستئناف ، ولكنه لا يبدى لأول مرة فى النقض إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام ، وهو لا يتعلق بالنظام العام إذا نص القانون على ذلك ، أو إذا كان يمس مسألة من النظام العام وفقاً لراى القضاء والفقه .

فالدفع بإنكار صفة المدعى أو المدعى عليه من النظام العام حتى لا تشغل المحاكم بدعاوى غير جدية ، ولا يجوز إنكار صفة الخصم بعد الإقرار بها فى درجتى التقاضى بعد إقامة الدعوى عليه والإعتداد بها^(٣) .

(١) وينظر فى طبيعة الدفع بعدم القبول : القانون القضائى الخاص ، للدكتور إبراهيم نقيب سعد ، جزء ١ ، طبعة ١٩٧٤ ص ٦٤٩ وما بعدها ، والمراجع العديدة التى أشار إليها فيه .

(٢) هذه الفقرة سبق تعديها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ استبدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٩٩٩/٥/١٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/٧/٧ ، للرجع السابق ، السنة ٦ ، مدنى ، ص ١٣٤٧ ، ونقض - جلسة ١٩٦٠/١١/٢٤ ، الطعن ٤٥٣ لسنة ٢٥ ق ، وإستئناف القاهرة ، جلسة ١٩٥٠/٥/١٦ ، للحامدة ، السنة ٣١ ، ص ٥٥٧ .

بينما يذهب رأى آخر فى الفقه والقضاء إلى القول بأن الصفة فى الدعوى ليست من النظام العام (١) .

ولا يترتب على إستئناف الحكم بقبول الدفع بعدم القبول طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية . وإنما ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول (٢) .

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها متعلق بالنظام العام :

٢٩٣- تقضى المادة ١١٦ من قانون المرافعات الجديد بأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها- وهو نص مستحدث لم يكن له فى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ نص مقابل .

ومؤدى هذا النص الجديد - كما تقول للذكورة الإيضاحية - أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام تقتضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وعلة ذلك إحترام حجية الحكم السابق صدوره فى نفس الدعوى ، وهذه الحجية أجدر بالإحترام وأكثر إتصالاً بالنظام العام من أى أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم إستقرار الحقوق لأصحابها (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢١ ، ونظرية للصلحة فى الدعوى ، رسالة نكتوداه - للدكتور عبد المنعم الشرفاوى - رقم ٣٨٨ و ٢٨٩ - والأحكام العديدة التى أشار إليها.

(٢) إستئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٦٠/١١/٢٠ ، رقم ٢٣٥ لسنة ١٥ ق ، والمحكمة الإدارية العليا - جلسة ١٩٥٦/١/٢١ ، السنة ١ ، ص ٤١٩ ، وفانن : نقض - جلسة ١٩٢٤/٦/٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، رقم ١ ، ١٩٢ ، ونقض - جلسة ١٩٥٤/١/٢١ ، للحاماة ، السنة ٢٥ ص ١١٠ ، وإستئناف مصر ، جلسة ١٩٤٨/٢/٨ ، للحاماة ، السنة ٣١ ، ص ١٩٦٢ ، والقاهرة الابتدائية ، جلسة ١٩٥٢/٢/٢ ، للحاماة ، السنة ٢٤ ، ص ٤١٩ .

(٣) الدفع بحجية الأمر للمضى يعتبر من النظام العام ، بحث للدكتور إدوار غالى الذهبى ، للحاماة ، السنة ٤٢ ، العدد ٥ ، ص ٤٩٥ وما بعدها ، والقانون القضائى-

لئن كان الحكم الجنائي يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، إلا أن هذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لأن هذه القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة ، وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك أية حجية أمام القاضى المدني ويكون له أن يقضى بتوفير الدليل على وقوع الجريمة أو على نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق (١) .

- الخالص ، للدكتور إبراهيم نجيب سعد ، جزء ١ ، طبعة ١٩٧٤ ، ص ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ ، مجموعة المكتب المدني ، السنة ١٧ ، ص ٩٤٨ ، ونقض - جلسة ١٩٤٧/١٠/٢٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، في ٢٥ عامًا ، ص ١١٨ .

الفصل الثانى

إختصام الغير، وإدخال ضامن

أولاً : إختصام الغير :

٢٩٤- للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح إختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة مواعيد الحضور (م ١١٧ مرافعات جديد) .

ويشترط لإختصام الغير أن يكون من الجائز إختصامه أصلاً عند رفع الدعوى ، وأن يكون هناك إرتباط بين الطلب الأسمى والطلب الموجب إلى الغير .

وللمحكمة - من تلقاء - أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة اسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

إن إختصام الغير فى الدعوى لا يتم - على ما تقضى به المادة ١٤٣ مرافعات - المقابلة للمادة ١١٧ مرافعات جديد - إلا بإتباع الأوضاع المعتادة فى التكليف بالحضور ومن ثم تعديل المطعون عليه لطلباته فى دعواه على النحو الوارد فى مذكرته وإعلان هذه المذكرة إلى أخوى الطاعن - المختصمين فى دعوى منضمة لا يتحقق به قانوناً إختصاصها فى دعوى المطعون عليه (١) .

كما يكون للخصوم الأصليين الطلعن فى الحكم الذى قد يصدر لصالح الخصم الجديد المدخل (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/٦/٢٨ ، مجموعة للكتب الفنى ، السنة ١٤ ، ص ٩٢٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ ، مجموعة للكتب الفنى ، السنة ٧ ، ص ٧٥١ .

ثانياً : إدخال ضامن :

٢٩٥- وتقضى المادة ١١٩ من قانون للرافعات الجديد بوجوب إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن إذا كان الخصم قد كلف ضامته الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو بقيام الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لتنظر الدعوى .

وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال ضامن جوازياً للمحكمة ويراعى في تقدير الأجل مواعيد الحضور ، ويكون إدخال الخصم الضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

ويشمل الضمان في الرافعات كل حالة يكون فيها للملتزم بالدين حق الرجوع على شخص لطالبته بكل أو بعض ما آتاه للدائن .

ولطالب الضمان أن يرفع دعوى ضمان أصلية ، أو دعوى ضمان فرعية يطلب دخول الضامن في خصومة قائمة ، وإن كان من الخير له أن يرفع دعوى الضمان بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الأصلية بدلاً من الانتظار حتى يفصل فيها .

وتوجه دعوى الضمان عادة من المدعى عليه في الدعوى الأصلية .

ويقضى في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت للمحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى (م ١٢٠ مرافعات جديد) .

وإذا كانت دعوى الضمان مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً لا يمكن فصله ، فإن نقض الحكم في دعوى الضمان يستتبع نقض الحكم في الدعوى الأصلية (١) .

وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون

(١) نقض - جلسة ١٢/١/١٩٦٦ ، مجموعة للكتب الفني ، السنة ١٧ ، ص ١٠٩ .
وقلن : نقض - جلسة ٢١/١/١٩٥٤ ، الخامسة ، السنة ٢٥ ، ص ١١٠ وما بعدها .

الحكم الصادر على الضامن عند الإقتضاء حكماً للمدعى الأصلي ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصى (م ١٢١م مرافعات جديد) .

وإذا رأت المحكمة أن طلب الضامن لا أساس له جاز لهما الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية.

ومعنى الضمان فى قانون المرافعات أوسع من معناه فى القانون المدنى ، فهو يشمل كل حالة يكون فيها الملتزم بالدين حق الرجوع على شخص آخر لمطالبته بكل أو بعض ما أناء للدائن ، ومن أمثلة هذا الضمان رجوع الكفيل على المدين بالنفقة إذا دفع دينها للمستحق لها (١) .

وإستئناف الضامن للحكم الصادر ضده لصالح المدعية يطرح على محكمة الإستئناف الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية وتلتزم ببحث مسئولية المدين والضامن فيهما ، وأنه لا يمنع من ذلك قضاء محكمة أول درجة بإخراج المدين من الدعوى بلا مصروفات (٢) .

(١) المرافعات المدنية ، للدكتور أبو الوفا ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ٢٠٢ ، والوسيط فى المرافعات ، للدكتور رمزى سيف ص ٢٠٩ ، وقواعد المرافعات ، للأستاذين محمد وعبد الوهّاب المشماوى ، جزء ٢ ، ص ٢٦١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٦/١٠ ، مجموعة للكتب الفنى ، السنة ٢٢ ، ص ٧٢٤

الفصل الثالث

الطلبات العارضة، والتدخل

أولاً : الطلبات العارضة :

٢٩٦- تقدم الطلبات العارضة من المدعى أو من المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها ، ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة (م ١٢٣ مرافعات جديد) .

ولا تضاف الطلبات العارضة أثناء سير الدعوى إلا بإذن المحكمة حتى لا يتخذ ذلك وسيلة لإعنات الخصم أو تعطيل الحكم في الدعوى (١) .

ويجوز إبداء الطلب العارض بمذكرة بشرط أن يثبت إطلاع الخصم الآخر عليها .

ولا يجوز للمحكمة أن تنظر في طلبات قدمت في الدعوى لم يعلم أو يعلن بها الخصم (٢) .

ومتى قدم الطلب العارض ولم ينزل عنه الخصم وجب على المحكمة الفصل فيه سواء أكان مقدماً بالإجراءات المعتادة أو شفاهة في الجلسة في حضور الخصوم وأثبت بمحضرها (٣) .

وتنقض الخصومة في الطلب العارض إذا حكم ببطلان صحيفة الدعوى الأصلية أو بإعتبارها كأن لم تكن ، وذلك لأن الخصومة في الطلب العارض تابعة للخصومة الأصلية تبقى ببطلانها وتزول بزوالها ، ما لم يكن الطلب العارض قد رفع بالطرق المعتادة فعندئذ يكون له كيان مستقل لا

(١) تراجع المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥١/٢/٨ - مجموعة للكتب القنى - ٢ - ص ٢١٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٩/٤/٢٢ - للحاماة - السنة ٤٠ - ص ٨٨١ .

يتأثر ببطلان الخصومة في الدعوى الأصلية .

ولا تعتبر المرافعة قد قفلت إلا بإنهاء الأجل المصرح بتقديم مذكرات فيه بعد حجب الدعوى للحكم (١) .

وتقدم الطلبات العارضة إما من المدعى (م ١٢٤ مرافعات جديد) ، وإما من المدعى عليه (م ١٢٥ مرافعات جديد) . فليس ثمة ما يمنع المدعى من أن يجمع بين طلبين يقدم أحدهما ويعتبر نتيجة لازمة له (٢) ، كما يجوز للمدعى إبداء الطلبات العارضة في مواجهة المدعى عليه أو في مواجهة مدعى آخر أو في مواجهة من إختصم أثناء نظر الدعوى (٣) .

ثانياً : التدخل في الخصومة :

٢٩٧- تضمنت المادة ١٢٦ من قانون المرافعات الجديد القواعد العامة للتدخل في الخصومة ، حيث تقرر أنه :

« يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة » .

فالتدخل إذن - نوع من الطلبات العارضة ويتيح لشخص خارج عن الخصومة أن يتدخل فيها للدود عن مصالحه .

وينقسم التدخل - بحسب غاية التدخل أو هدفه منه - إلى :

١- تدخل هجومي (أو إختصاصي أو أصلي) .

٢- وتدخل إنضمامي (أو تبعي أو تحفظي) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ٤٦٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٠/١١/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٦٣ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٠/٧/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١ - ص ٦٣٢ .

فالتدخل الهجومي من مقتضاه أن يطلب المتدخل الحكم له بحق ذاتي لنفسه ، كمن يطلب الحكم بإثبات عقده في مواجهة طرفي الخصومة الأصلية .

والتدخل في هذه الحالة خصم حقيقي للخصمين الأصليين ، فهو يطالب بحق ذاتي له في صورة طلب عارض لا يلزم أن يرفعه بصحيفة دعوى ، بل يجوز طلبه أمام محكمة غير مختصة .

ويشترط لقبول التدخل تحقق المصلحة له ، وقيام الارتباط بين الدعوى الأصلية وطلب التدخل (١) .

وقد قضت محكمة النقض بعدم جواز التدخل الهجومي لأول مرة في الإستئناف (٢) .

أما التدخل الإنضمامي فيراد به المحافظة على حقوقه عن طريق مساعدة أحد الخصمين في الدعوى في دفاعه حتى لا يخسر الدعوى ، ويشترط أن يكون لطالب التدخل مصلحة ، كما أن له أن يدفع بعدم الاختصاص - ويترتب على إنقضاء الخصومة في الدعوى الأصلية بالصلح أو الترك أو التنازل أو الحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو ببطلان إنقضاء التدخل .

وإذا كان التدخل في مستهل الخصومة جاز للتدخل طلب إتخاذ إجراءات الإثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن نطاق التدخل الإنضمامي يتحدد بتأييد طلبات من يريد التدخل الإنضمامي أي يتحدد بتأييد طلبات أي خصم يريد للتدخل الإنضمام إليه من طرفي الدعوى . وقبل التدخل لا يطرح على

(١) المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ - ص ٢٥٤ ، وطبعة ١١ - ١٩٧٥ ، والوسيط في المرافعات للدكتور رمزي سيف ، طبعة ٥ - ص ٤٠٢ ، وقواعد المرافعات في التشريع المصري للقانون ، للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشاوي - جزء ٢ - ص ٤٥٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩/٥/١٩٦٦ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١١٨٩ وما بعدها .

المحكمة طلب خاص بالتدخل لتقضى فيه ، بل يظل عملها مقصوراً على الفصل فى الموضوع الأصلي المردد بين طرفى الدعوى ، ورفض طلب التدخل والقضاء فى الموضوع اثره إنتهاء الخصومة التى كان يهدف طالب التدخل الإنضمام إلى أحد طرفيها مع إعتباره أجنبياً عنها ، فلا يعد طرفاً فى الحكم الصادر فيها ولا يقبل منه الطعن فيه (١) .

وقضت بأن عدم قبول التدخل ممن يطلب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى وإن كان من شأنه عدم إعتباره خصماً فى الدعوى الأصلية أو طرفاً فى الحكم الصادر فيها ، إلا أنه يعتبر محكوماً عليه فى طلب التدخل فيكون له إستثنائه فإن فعل كان له التدخل فى الإستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية (٢) .

وقضت بأن مفاد نص المادة ٤١٢ مرافعات (المقابلة للمادة ٣٢٦ من قانون المرافعات الجديد) - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا إقتصرت طلبات التدخل على إبداء أوجه دفاع لتأييد طلبات الخصم الذى حصل الإنضمام إليه ولم يطلب الحكم لنفسه بحق ذاتى يدعيه فى مواجهة طرفى الخصومة ، فإن التدخل على هذا النحو أى كانت مصلحة التدخل فيه لا يعد تدخلاً هجومياً وإنما هو تدخل إنضمامى مما يجوز طلبه ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف (٣) .

وتحكم المحكمة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات المعارضة أو التدخل ولا يترتب على الطلبات المعارضة أو التدخل إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم .

وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات المعارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا إستبقت الطلب المعارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (م ١٢٧ مرافعات جديد) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/٤ ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص ٢٨٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٢٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٤٠٧ .

إن مؤدى نص المادة ١٢٧ مرافعات أن المشرع أراد ألا يترتب على الطلبات العارضة وطلبات التدخل تأخير الفصل في الدعوى وليس فى عبارة النص ما يوجب على المحكمة أن تقضى بقبول طلب التدخل بحكم مستقل قبل أن تصدر حكمها فى موضوع هذا الطلب ، وبالتالى فليس ثمة ما يمنع المحكمة من أن تقضى فى النزاع المتعلق بقبول طلب التدخل وفى موضوع هذا الطلب معاً ، ويستوى أن يكون ذلك مع الحكم فى الدعوى الأصلية أو بعد الفصل فيها متى كانت جميعها مهية للفصل (١) .

إذا كان من شأن الحكم الابتدائى الصادر بعدم قبول التدخل بمن يطلب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ، ألا يعتبر طالب التدخل خصماً فى ادعوى الأصلية أو طرفاً فى الحكم الصادر فيها ، إلا أنه يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - محكوماً عليه فى طلب التدخل ، ويكون له أن يستأنف الحكم القاضى بعدم قبول تدخله (٢) .

حكم التدخل ، والدعوى الحيلية :

نقطة أقارب ..

طلبت الأم المدعية الحكم بنفقتها على إبنها المدعى عليه وأمره بالأداء إليها وإذنها بالإستدانة عليه عند الحاجة ، والزمه بالمصاريف وبجلسة ١٠/١٩٧٤ وفى حضور طرفى الخصومة حضرت مطلقة المدعى عليه وقدمت مذكرة طلبت فيها قبول تدخلها خصماً ثالثاً فى الدعوى والحكم برفضها لأن المقصود بها عرقلة تنفيذ الحكم الصادر لها على مطلقها ، إذ المدعية موسرة بملكها ، فضلاً عن أن لها أبناء آخرين ولم ترفع الدعوى إلا على مطلقها المدعى عليه فى هذه الدعوى وبذات الجلسة قررت المحكمة

(١) نقض - جلسة ١٤/٥/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٨٢١ .

(٢) نقض - جلسة ١٢/٦/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ١١٠٣ . وينظر فى أحكام التدخل وشروطه وأثاره : القانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ٦٢٩ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٣٣٥ وما بعدها

قبولها خصماً ثالثاً فى الدعوى ، ثم صادق الطرفان على صفة المتدخلة ...
وبجلسة ١١/٢٦/١٩٧٤ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على
المدعى عليه بإلزامه بأن يؤدى شهرياً من اليوم ٦٠ قرشاً قدر ما يخصه فى
نفقة طعامها وكسوتها وأمرته بأداء ذلك إليها فى مواعييده وأنتتها
بالإستدانة عليه عند الحاجة وألزمته بالمصاريف (١) .
ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله الفصل فى موضوع تدخل الخصيمة
الثالثة فى الدعوى وهو من الطلبات التى كانت معروضة على المحكمة ومن
واجبها الفصل فيه عملاً بالمادة ١٢٧ مرافعات .

(١) مركز دمياط - جلسة ١١/٢٦/١٩٧٤ - القضية ١٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ،
و ١٦٦ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مركز دمياط ، والقضية ١٦٨ سنة ١٩٧٤ - أحوال
مركز فارسكور .

الباب السادس

وقف الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها

وإنقضاؤها بمضى المدة وتركها

٢٩٨- يعتبر سیر الخصومة مسائل فرعية تعطل الفصل في موضوعها أو تنهيتها بغير حكم فيه .

وهذه المسائل هي :

وقف سیر الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها ، وإنقضاؤها بمضى المدة ، وتركها .

وسوف نتناولها في الفصول الأربعة التالية اخذاً بأحكام قانون المرافعات المدنية لأنه فيها القانون الواجب التطبيق (م ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) (١) .

(١) يراجع في هذه المسائل الفرعية . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - ص ٣٣٣ وما بعدها ، والوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - ص ٥٦٢ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدني ، للدكتور فتحي والي - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٣١١ ، وتقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - للأستاذ كمال عبد العزيز - ص ١٨٢ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين الدناصري وحامد عكاز - ص ١٤٢ وما بعدها ، ونظرية الدفوع - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٤ - ١٩٦٢ - ص ٥٤٢ وما بعدها ، وكتابة : المستحدث في قانون المرافعات الجديد - طبعة ١٩٦٨ - ص ١١٤ وما بعدها ، وكتابة المرافعات المدنية - طبعة ١١ - ١٩٧٥ ، وقانون المرافعات معلقاً عليه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٤٤٤ وما بعدها ، ومبادئ القضاء المدني - للدكتور وحدي راغب - طبعة ١٩٧٧ - ص ٤٠٨ وما بعدها .

الفصل الأول

وقف الخصومة

٢٩٩- تناولت أحكام وقف الخصومة المادتان ١٢٨ و ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد .

فنصت المادة ١٢٨ مرافعات على جواز وقف الدعوى بناء على إتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لإتفاقهم ، ولكن لا يكون لهذا الوقف أثر فى أى ميعاد حتمى يكون القانون قد حدده لإجراء ما .

وإذا لم تعجل الدعوى فى ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً إستئنافه .

والجزء المترتب على عدم تعجيل الدعوى فى الثمانية أيام التالية لإنتضاء مدة الوقف لا يتعلق بالنظام العام ، ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين على المدعى عليه أن يتمسك به قبل التكلم فى الموضوع على صورة دفع شكلى وإلا سقط الحق فيه ، وهذا الحق لا يسقط بمجرد تأجيل الدعوى دون التكلم فى الموضوع (١) فلا تعد مفاوضات الصلح من قبيل القوة القاهرة للمانعة من التعجيل فى الميعاد المقرر (٢) .

ونصت المادة ١٢٩ مرافعات على أنه فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى .

والحكم الصادر بوقف الدعوى هنا هو حكم قطعى بمعنى أنه لا يجوز

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٧٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٧٢١ .

للمحكمة أن تعود إلى نظر الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه وتقديم الدليل لها على ذلك (١) .

وعلى المحكمة إذا رفضت طلب الوقف أن تبين في حكمها أن الفصل في الدعوى الأصلية لا يقتضيه (٢) .

ويكون إيقاف الدعوى في أكثر الحالات بإتفاق الخصوم أو بحكم من المحكمة وينتهى وقف الخصومة بمجرد زوال سبب الإيقاف (٣) .
وهذا النص مقتبس من التشريعات المقارنة (٤) .

ويشترط لوقف الخصومة شرطان :

الأول - أن يتم بناء على إتفاق طرفيها .

الثاني - ألا تزيد مدته عن ثلاثة أشهر (٥) .

على أنه يجب أن تعجل الدعوى ، وأن يتم إعلان الخصم بالتعجيل في خلال الثمانية أيام التالية لنهاية مدة الإيقاف (٦) وإلا اعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً إستئنافه (م/٢١٨/٢ مرافعات) .

تعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لا يشترط أن يتم بمعرفة المدعى ، بل يجوز إجراؤه بمعرفة المدعى عليه (٧) .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص ٨٥٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٠٠٩ .

(٣) المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

(٤) المرافعات المدنية - للدكتور عبد المنعم الشرقاوي - ص ٤٧٢ وما بعدها .

(٥) وقانون المرافعات معلقاً عليه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٤٤٥ .

(٦) قنا الابتدائية - جلسة ١٩٥٠/١٠/٧ - المعاماة - السنة ٣١ - ص ٧٨٦ .

(٧) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ - الطعن ٦ لسنة ٥١ ق (أحوال شخصية) .

الفصل الثانى

إنقطاع الخصومة

٣٠٠- تقضى المادة ١/١٣٠ من قانون المرافعات الجديد بإنقطاع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه عن الغائبين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها .

فإنقطاع سير الخصومة إذن لا يرد إلا على خصومة منعقدة (١) .
وإعتبار الخصومة منقطعة بحكم القانون إنما يكون بمجرد قيام السبب الموجب للإنقطاع (٢) .

أما إذا كانت الدعوى مهينة للحكم فى موضوعها فلا تنقطع الخصومة وتحكم المحكمة فيها ، وهنا يمكن أن يصدر الحكم على شخص متوفى وهو من أمر غريب نادر (٣) .

ويترتب على وقف الخصومة بسبب إنقطاعها بقوة القانون بطلان الإجراءات التى تقع بعد قيام الإنقطاع ، إلا أنه بطلان نسبى شرع لمصلحة من شرع الإنقطاع لحمايته بحيث لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها(٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٣٢٩ واستئناف القاهرة - جلسة ١٩٦٦/١/١٧ - المجموعة الرسمية - السنة ٦٠ - العدد ١- ص ٣ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٤٨٥ .
(٣) أصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - طبعة ١٩٦٩ - ص ٥٣٥ ، وإنظر :
نقض - جلسة ١٩٥٦/٤/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٥٢٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٦٢٣ ،
ونقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٨ - الطعن رقم ٦٧٦ - السنة ٣٢ ق - المرجع السابق - السنة ١٩ - العدد ١ ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - العدد ١ ص ٤٤٣ ، وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ - المرجع السابق - ص ٦٦٩ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٧ - العدد ٢ - ص ٥٨٩ .

وتعتبر الدعوى مهينة للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد
أبدوا اقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية
الخصومة أو زوال الصفة (م ١٣١ مرافعات) .

ويترتب على إنقطاع سير الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات
التي كانت جارية فى حق الخصوم ويطلق جميع الإجراءات التي تحصل
أثناء الإنقطاع (م ١٢٢ مرافعات) .

وتستأنف الدعوى سيرها بصحيفة تعلن إلى من يقوم مقام الخصم
الذى توفى أو فقد أهلية الخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الطرف
الأخر أو بصحيفة تعلن إلى هذا الطرف بناء على طلب أولئك .

وكذلك تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر لجلسة كانت محددة
لنظرها وارث المتوفى أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من
زالت عنه الصفة ويأمر السير فيها (م ١٢٣ مرافعات) .

وقد قضى (١) بأنه متى كان إنقطاع الخصومة راجعاً لوفاة المدعى عليه
أو من فى حكمه (كالمتأنف عليه) ، تعين على المدعى والمستأنف فى هذه
الحالة أن يعلن ورثة خصمه المتوفى بقيام الخصومة بينه وبين مورثهم ،
ويكون عليه موالاة السير فى إجراءاتها فى مواجهتهم قبل إنقضاء سنة ،
ولا يعتبر جهل المدعى أو المستأنف بورثة خصمه ومواطنهم عذراً مانعاً ،
بل عليه هو البحث والتحرى عنهم محافظة على مصلحته وعدم تعريض
دعواه للسقوط بفعله أو إمتناعه .

كما قضى (٢) بأنه وإن كانت الخصومة فى الإستئناف ينقطع سيرها
لوفاة أحد الخصوم فيه أو فقد أهليته أو زوال صفة ممثله ، وأن كل إجراء
يتم فى تلك الفترة يقع باطلاً ، إلا أن هذا البطلان - وعلى ما جرى به قضاء

(١) نقض - جلسة - ١٩٧٠/١/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - لسنة ٢١ - العدد ١ -
ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة - ١٩٧٢/٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٢٨٧ ،
ونقض - جلسة - ١٩٦٨/١١/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٤٣٢ ،
ونقض - جلسة - ١٩٧٠/٤/٩ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٥٨٧ .

النقض - بطلان نسبي قررره القانون لصلحة من شرع الإنقطاع
لحمايتهم، تمكيناً لهم من الدفاع عن حقوقهم وهو خلفاء المتوفى أو من
يقومون مقام من فقد أهليته أو تغيرت صفته ، فلا يحق لغيرهم أن يحتج
بهذا البطلان .

هذا ، وإنقطاع سير الخصومة إنما هو وقف السير فيها بقوة القانون
لقيام سبب من أسباب الإنقطاع .

إن مجرد وفاة الخصم أو فقد أهلية الخصومة يترتب عليه إنقطاع سير
الخصومة . وإنما يحصل هذا الإنقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من
زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر (١) .

(١) نقض - جلسة ١٤/٦/١٩٨٢ الطعن ٥٦ لسنة ٥٢ ق (أحوال نفس)

الفصل الثالث

سقوط الخصومة وانقضاءها بمضى المدة

أولاً : سقوط الخصومة :

٣٠١- لكل ذى مصلحة من الخصومة فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو إمتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى إنقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى (م ١٢٤ مرافعات جديد) (١)

ويشترط لسقوط الخصومة أن يكون الوقف بفعل المدعى أو إمتناعه (٢).

وميعاد الستة أشهر هو ميعاد إجرائى يضاف إليه ميعاد مسافة على أساس المسافة بين مقر المحكمة التى قدم إليها طلب سقوط الخصومة ومحل من يراد إعلانه بصحيفة التعجيل (٣) .

ولا تبدأ مدة سقوط الخصومة فى حالات الإنقطاع إلا من اليوم الذى قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بإعلان ورثة خصمه الذى توفى ، أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة ، أو مقام من زالت صفته بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلى (م ١٣٥) .

ويقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة إلى المحكمة المقامة أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى -

(١) المراجع الفقهية السابقة ، ويراجع أيضاً : الدفع بسقوط الخصومة ، طبيعته وموعد إيداعه - بحث - للدكتور حس أبو السعود - المحاماة - السنة ٣٦ - العدد ٦ ص ٧٥٤ وما بعدها وطلب إسقاط الخصومة ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، بحث المحاماة السنة ٣٦ العدد ٦ ص ٩٤١

(٢) نقض جلسة ١٩٦٥/٧/١٨ مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص ٢٥١

(٣) نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ للرجع السابق . السنة ١٧ ص ٣٤٣

ويجوز التمسك بسقوط الخصومة فى صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد إنقضاء الستة أشهر .

ويكون تقديم الطلب أو الدفع ضد جميع المدعين أو المستأنفين وإلا كان غير مقبول (م ١٢٦م مرافعات) .

وعدم تمسك المستأنف عليه بالسقوط بعد تعجيل الإستئناف وتكلمه فى الموضوع يسقط حقه فى التمسك بسقوط الخصومة (١) .

ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك رفع الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات من الخصوم أو الأيمان التى حلفوها (م ١٣٧) .

ومتى حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف اعتبر الحكم للمستأنف إنتهائياً فى جميع الأحوال - ومتى حكم بسقوط الخصومة فى التماس إعادة النظر قبل الحكم بقبول الإلتماس سقط طلب الإلتماس نفسه ، أما بعد الحكم بقبول الإلتماس فتسرى القواعد السالفة الخاصة بالإستئناف أو بأول درجة حسب الأحوال (م ١٣٨) .

والخصومة فى الإستئناف من ناحية سقوطها مستقلة عن الخصومة أمام محكمة أول درجة (٢) .

ولا يترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم (٣) .

وتسرى المدة المقررة لسقوط الخصومة فى حق الأشخاص ولو كانوا عديمى الأهلية أو ناقصيها .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٧ - م ٦٥٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ - المرجع السابق ، السنة ١٧ ، م ٥٤٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - العدد ٢ - م ٥٩٩ وما بعدها .

إن سقوط الخصومة بمضى أكثر من ستة أشهر على آخر إجراء صحيح متصل بمصلحة الخصم ، ومن ثم يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً^(١).

إن إنقطاع سير الخصومة لوفاة أحد المدعى عليهم وعدم قيام المدعى بموالة السير فى الدعوى خلال ستة أشهر يؤدى إلى سقوط الخصومة^(٢).

إن إنقطاع سير الخصومة لوفاة المدعى عليهم - عدم بدء سريان مدة السنة المحددة لسقوط الخصومة فى حق ورثته إلا من تاريخ إعلانهم من المدعى عليه بوجود الخصومة والتمسك بعدم إعلان الورثة من حقهم دون سواهم^(٣) .

ثانياً - إنقضاء الخصومة بمضى المدة :

٣٠٢- نصت المادة ١٤٠ من قانون المرافعات الجديد على أنه فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها .

وكانت المدة المقررة لإنقضاء الخصومة بمضى المدة فى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ خمس سنوات .

ويقصد بعبارة (فى جميع الأحوال) الواردة فى النص الجديد ، أى ولو كانت الخصومة بمنجى من السقوط طبقاً لقواعد سقوط الخصومة^(٤) ، وأياً كان سبب السير فيها سواء أكان وقف الدعوى أم إنقطاعها^(٥) .

وتبدأ مدة الإنقضاء بالتقادم من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها ، ولا يقطعها إلا إجراء صحيح يتعلق بالخصومة مقصوداً به السير نحو الفصل فيها وصادراً من أحد الخصوم فى مواجهة الخصم الآخر^(٦) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - مجموعة المكاتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٦٠٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٥٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق السنة ١٧ - ص ١٤٥٢ .

(٤) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، ص ٣٦٢ .

(٥) الوسيط فى شرح قانون المرافعات الجديد - للدكتور رمزى سيف - ص ٥٩٦ .

(٦) نظرية الدفع - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٦٢٩ .

الفصل الرابع

ترك الخصومة

٣٠٣- يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو إيداعه شفويًا في الجلسة وإثباته في المحضر (م١٤١ مرافعات جديد) .

ولا يصح الترك من الوكيل إلا إذا كان مفوضاً تفويضاً خاصاً به .
والترك جائز ولو كان قد صدر في الدعوى أحكام قطعية فرعية كانت أو موضوعية .

والإقرار المقدم للمحكمة المختصة بترك الخصومة يقوم مقام المذكرة الموقع عليها منه والتي يجوز إبداء ترك الخصومة ببيان صريح فيها ، وتقديم المطعون ضده الإقرار يعد قبولاً منه الترك (١) .

إن التمسك بالبطلان الناشئ عن عدم مراعاة إعلان ترك الخصومة قاصر على من شرع لمصلحته (٢) .

ولا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله (٣) ومع ذلك لا يلتفت لإعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم إختصاص المحكمة ، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من سماع الدعوى (م١٤٢ مرافعات جديد) .

ويترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بها في ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق بالإجراءات المرفوعة به الدعوى (م١٤٢ مرافعات) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ٣١٥٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٣٥١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ - الطعن ٦٦ لسنة ٥٤ ق - (أحوال شخصية) .

وإنما نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً إعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم تكن (م ١٤٤) .
النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به (م ١٤٥) .

هذا وترك الخصومة هو تنازل المدعى عنها وعن كافة إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة افتتاحها ويترتب عليه إلغاء كافة الآثار القانونية على قيامها ، فيعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، وفى ترك الخصومة لا يتنازل المدعى عن حقه الذى يدعيه وإنما يحتفظ به ولا يمنع عليه تجديد الدعوى فى المستقبل للمطالبة بذات الحق وفى مواجهة نفس الخصم الذى أقام الدعوى الأولى فى مواجهته (١) .

وقد قضى (٢) بأن المقرر عدم جواز الطعن بالإستئناف إستقلالاً فى الحكم الصادر برفض الإدعاء بالتزوير ، ومن ثم فإن ترك الخصومة فى إستئناف هذا الحكم لا يحول دون قضاء محكمة الإستئناف ببرد وإعلان العقد المطعون فيه عند نظر إستئناف الحكم الصادر من بعد فى الموضوع .

(١) يراجع تفصيل ذلك فى : نظرية النفوع - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٦٧١ وما بعدها ، وقانون المرافعات محققاً على نصوصه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٤٦٦ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٣٠ مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ١٣٤ .

الباب السابع

عدم صلاحية القضاة ، وردهم ، وتنحياتهم

٣٠٤- كانت تتناول احكام رد القضاة فى اللائحة الشرعية المواد من ٢٤٩ حتى ٢٧٢ ، ولكن هذه المواد قد الغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٣) ومن ثم كان قانون المرافعات المدنية - فى شأنها - هو الواجب التطبيق (٥٠) .

ولقد نظم الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ احكام عدم صلاحية القضاة ، وردهم ، وتنحياتهم فى المواد من ١٤٦ حتى ١٦٥ .

وسوف نتناول هذه الأحكام فيما يلى (١) .

أولاً - أحوال عدم صلاحية القضاة (٢) :

٣٠٥- يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها - ولو لم يرده أحد من الخصوم - فى الأحوال الآتية :

(١) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

(٢) إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته .

(٣) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قسماً أو مظلوناً وراثته له ، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو ... إلخ .

(١) يراجع فى الدفاع عن القاضى ، البحث القيم : حق الدفاع وحق التقاضى - لنقيب المحامين الأستاذ مصطفى البرادعى المحامى - المحاماة - السنة ٤٢ - العدد ٥ - ص ٦٠٦ وما بعدها .

(٢) ادخل القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ على مواد الرد تعديلات شملت الرسوم والكفالة والغرامة بالزيادة للحد من الردود الكيدية - (يراجع قانون المرافعات المدنية) .

(٤) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

(٥) إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى ، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل إشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها « م ١٤٦ مرافعات » .
ويقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم بإتفاق الخصوم « م ١٤٧ / ١ مرافعات » .

إن الوكالة عن أحد الخصوم التى تجعل القاضى غير صالح لنظر دعواه ممنوعاً من سماعها هى تلك الوكالة القائمة وقت نظر تلك الدعوى ، فإذا كانت الوكالة قد إنقضت قبل هذا الوقت فإنها لا تمنع القاضى من نظر الدعوى (١) .

إن المصاهرة التى تجعل القاضى غير صالح لنظر الدعوى هى التى تكون فى النطاق الذى يمتد بنص المادة ٣١٣ مرافعات « المقابلة ١٤٦ فى قانون المرافعات الجديد » إلى الدرجة الرابعة (٢) .

ثانياً - رد القضاة :

٣٠٦- وبينت المادة ١٤٨ من قانون المرافعات الجديد أسباب رد القاضى :

١- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه .

(١) نقض - جلسة ١٠/٢٧/١٩٦٦ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٩٠٠

(٢) نقض - جلسة ٢٠/٢/١٩٦٦ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٩٥٥
وأنظر التعديلات التى أدخلها القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على قواعد الرد . والوارد بالوثائق فى نهاية هذا المؤلف .

٢- إذا كان لمطلقته التى له منها ولد أو لأحد أثاره أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى بقصد رده .

٣- إذا كان أحد الخصوم خادماً له ، أو كان قد إعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته . أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده .

٤- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل .

وعلى القاضى فى الأحوال المذكورة فى المادة السابقة أن يخير المحكمة فى غرفة المشورة أو رئيس المحكمة الابتدائية - على حسب الأحوال - بسبب الرد القائم به وذلك للإذن له بالتنحى ، ويثبت هذا كله فى محضر خاص يحفظ بالمحكمة ، م ١٤٥ مرافعات ، (١) .

ثالثاً - تنحية القضاة :

٣٠٧- يجوز للقاضى فى غير أحوال الرد المذكورة ، إذا إستشعر الحرج من نظر الدعوى لأى سبب ، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة فى غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر فى إقراره على التنحى ، م ١٥٠ مرافعات .

رابعاً - إجراءات الرد والحكم فيه :

٣٠٨- تضمنت المواد من ١٥١ إلى ١٦٥ من قانون المرافعات الجديد إجراءات رد القضاة والحكم والطعن فيه ، وهى تجمل فيما يلى :

١- يجب أن يقدم طلب الرد قبل تقديم أى دفع وإلا سقط الحق فيه ، وذلك فى مدى ثلاثة أيام (م ١٥١ مرافعات) ، أو من يوم علمه بأسبابه (م ١٥٢) .

(١) المنصورة الإبتدائية - (دائرة الجنب المستأنفة) - جلسة ١٩٧٣/٢/١ - القضية ١٤٠٢ سنة ١٩٧١ كلى ، وإستئناف المنصورة - جلسة ١٩٧٣/٢/٥ - الدائرة ٥ مدنى - القضية ١١٠ لسنة ٢٥ ق ، وقد قضى فيها برفض طلب الرد وتفرير مدعية ماثنا جنه .

٢- يحصل الرد بتقرير يكتب بقلم الكتاب يوقعه الطالب نفسه (أو وكيله المفوض فيه بتوكيل خاص يرفق بالتقرير) .

ويجب أن يشتمل الرد على أسبابه وأن يرفق به ما يوجد من الأوراق المؤيدة له .

وعلى طالب الرد أن يودع عند التقرير ثلاثمائة جنيهًا على سبيل الكفالة (١) . كما يجب على كاتب المحكمة رفع تقرير الرد إلى رئيسها خلال أربع وعشرين ساعة ، وعلى الرئيس أن يطلع القاضى المطلوب رده على التقرير فوراً وأن ترسل صورة منه إلى النيابة (م ١٥٥) .

٣- يجب على قلم الكتاب تحديد جلسة فى موعد لا يجاوز ٧ أيام من تاريخ تقديم الطلب ويوقع طالب الرد بما يفيد علمه بالجلسة .

٤- على القاضى المطلوب رده أن يجيب بالكتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال أربعة الأيام التالية لإطلاعه - وإذا كانت الأسباب تصلح قانوناً للرد ولم يجب عليها القاضى المطلوب رده فى الميعاد المحدد أو اعترف بها فى إجابته ، أصدر رئيس المحكمة أمراً بتنحيه (م ١٥٦) .

٥- يعين رئيس المحكمة الدائرة التى تتولى نظر طلب الرد ، وعليها أن تقوم بتحقيقه فى غرفة المشورة ثم تحكم فيه بعد سماع أقوال طالب الرد وملاحظات القاضى عند الإقتضاء وممثل النيابة إذا تدخلت فى الدعوى ، ويتلى الحكم فى جلسة علنية - ولا يجوز فى تحقيق طلب الرد إستجواب القاضى ولا توجيه اليمين إليه (م ١٥٧) .

٦- تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد على الطالب بغرامة لا تقل عن مائتى جنيهًا ولا تزيد على ألفى جنيه ومصادرة الكفالة .

وفى حالة ما إذا كان الرد مسبباً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ مرافعات فعندئذ يجوز إبلاغ الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنيه وفى كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم (٢) ويعفى طالب الرد من الغرامة

(١، ٢) مدعة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

فى حالة التنازل عن الطلب فى الجلسة الأولى وإن كان التنازل بسبب تنحى القاضى المطلوب رده أو نقله أو انتهاء خدمته .

٧- يترتب على طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه نهائياً ، ويجوز للمحكمة فى حالة الاستعجال وبناء على طلب الخصم الآخر نذب قاض بدلاً ممن طلب رده (م١٦٢) .

٨- تتبع القواعد والإجراءات المتقدمة عند رد عضو النيابة إذا كان طرفاً منضماً لسبب من الأسباب للنصوص عليها فى المادتين ١٤٦ ، ١٤٨ .

٩- وبينت المادة ١٦٤ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز طلب رد جميع قضاة أو مستشارى للحكمة أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفى للحكم فى الدعوى الأصلية أو طلب الرد .

١٠- إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها (م١٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة عن الخصوم كسبب لعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى هى تلك الوكالة القائمة وقت نظرها (١) .

وبأن الحكم فى المسائل المستعجلة ، لا يعتبر سبباً لعدم الصلاحية عند نظر الموضوع (٢) .

وبأن عدم صلاحية القاضى بسبب الصاهرة ، نطاقها الدرجة الرابعة (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٠/٢٧/١٩٦٦ - مجموعة المكتب القنى - السنة ١٧ - ص ١٥٩٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٤/١٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٠٠ .

(٣) نقض - جلسة ٢٠/١٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٥٥ .

وبأن تنحية القاضى بسبب رابطة المودة ، وسيلته طلب رده تنهى القاضى بسبب الحرج متروك لتقديره (١) .

وبأن إستئناف الحكم الصادر فى طلب رد القاضى ، جوازه فى حالة رد القاضى الجزئى أو قاضى المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً (٢) .

وقد رفضت جميع طلبات مخاصمة رجال القضاء والنيابة لعدم ثبوت ما يدعى به من وقوع خطأ جسيم (٣) .

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٥٥ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٢/٦ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٢٦٢ .
(٣) تراجع فى المخاصمة الأبحاث والمراجع التالية : فى مخاصمة القضاة - للدكتور أحمد رفعت خفاجى - المجموعة الرسمية - السنة ٥٦ - العدد ٩ و ١٠ - ص ٤٤٣ وما بعدها ، وبحث فى مجلة القضاة - العدد ٨ - ص ٩١ وما بعدها ، والخطأ المهنى الجسيم ومخاصمة القضاة - للدكتور محيى الدين علم الدين - مجلة قضايا الحكومة - السنة ١٧ - العدد ٤ - ص ٩٤٧ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص - للدكتور إبراهيم نجيب سعد - جزء ١ - طبعة ١٩٧٤ - ص ٢٧٦ وما بعدها والمراجع العديدة التى أشار إليها ، ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ١٩٧٥ - ص ٤٠٤ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص ٤٧٠ وما بعدها .

نظرية إثبات المواد الشرعية

- السمات المميزة لإثبات الدعاوى الشرعية .
- صحة الأوراق ، وإنكارها ، والإدعاء بتزويرها .
- شهادة الشهود ، وشهادة الاستكشاف .
- القرائن ، وحجية الأمر المقضى .
- الإقرار ، وإستجواب الخصوم .
- اليمين والمعاينة ، والخبرة .

السمات المميزة لإثبات الدعوى الشرعية :

تقديم :

٣٠٩- يعتمد إثبات الدعوى الشرعية (١) على شهادة الشهود ، وعلى

(١) أهم المراجع في نظرية الإثبات الشرعية : شرح اللائحة الشرعية : للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ، ص ٢٨٩ وما بعدها ، ومباحث المرافعات والدعوى الشرعية للشيخ محمد زيد الإبياني ، ص ٧٦ وما بعدها ، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية للقاضي على قراة ، ص ٦١ وما بعدها ، ومن طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون ، للدكتور أحمد عبد المنعم البهي ، ص ٢٠ وما بعدها ، ونظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، للأستاذ أحمد فتحي بهنسي ، ص ١٢ وما بعدها ، ورسالة الإثبات ، للأستاذ أحمد نشأت ، طبعة ١٩٢٤ ، ص ٢٩ وما بعدها ، والأدلة أو نظرية الإثبات ، للدكتور عبد السلام زمني ، ص ١ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المجلد ٢ ، ص ١٠٣ وما بعدها ، والتعليق على قانون الإثبات للأستاذين عز الدين الدناصري وحامد عكاظ ، ص ١٢ وما بعدها ، والمستحدث في قانون المرافعات الجديد والإثبات ، للأستاذ أحمد أبو الوفا ، ص ٢٨٩ وما بعدها ، وأحكام الإلتزام ، الإثبات ، طبعة ١٩٦٧ ، للدكتور إسماعيل غانم ، ص ٤٥٩ وما بعدها ، والوسيط للدكتور السنهوري - جزء ٢ و ٣ ، والوسيط في شرح قانون المرافعات ، للدكتور رمزي سيف ، ص ٦٠٨ ، وطرق الإثبات الشرعية ، بحث ، للمرحوم الشيخ أحمد بك إبراهيم ، مجلة الحقوق ، العدد ١ ، ص ١ وما بعدها ، والإقرار للأستاذ جمال الدين اللبان ، بحث ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة ٢ العدد ٤ ، ص ٥ وما بعدها ، والفريفة والقاعدة الموضعية ، بحث ، للأستاذ عوض محمد عوض ، مجلة قضايا الحكومة ، وحجية الأحكام الجنائية في دعاوى الأحوال الشخصية ، بحث للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٢٩ - العدد ١ و ٢ - ص ٩٤ وما بعدها ، واليمين ، بحث للأستاذ طاهر الموصلي - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٨ ، ص ١٩٦٦ وما بعدها ، وحجية الأمر المقضي ، بحث ، للدكتور إدوار غالي - المحاماة - السنة ٤٢ - العدد ٥ - ص ٤٥٥ وما بعدها ، ودعوى التزوير الفرعية ، بحث للدكتور أحمد أبو الوفا - المحاماة - السنة ٤٥ - العدد ٧ و ٨ ، ص ٦٧٨ وما بعدها ، وأحكام الإقرار في التشريع السوري ، بحث للدكتور نزار الكيالي ، المحاماة - السنة ٤٦ - العدد ٥ و ٦ - ص ٥٠٩ وما بعدها ، وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفي - طبعة ١٩٦٨ - ص ٧ ، وما بعدها ، والدليل المرشد ، للأستاذ محمد القريب - ص ٩٥ وما بعدها ، وتعليمات الحقانية في الإثبات ، ومقال : إثبات خيانة الأمانة في الأوراق المضاعة على بياض =

اليمين اخذًا من حديث الرسول عليه الصلاة والسلام :

« البينة على من إدعى ، واليمين على من أنكر » .

ولقد حصرت المادة ١٢٣ من اللائحة الشرعية الأدلة الشرعية في :
الإقرار ، والشهادة ، والنكول عن الحلف ، والقريئة القاطعة وقد عرفت تلك
المادة الأدلة الشرعية بأنها ما يدل على الحق ويظهره .

وقصلت المواد من ٢٢٤ إلى ٢٤١ من اللائحة الشرعية أحكام تلك الأدلة
الشرعية

إلا إن تلك المواد قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء
(م ١٣) فيما عدا ثلاث مواد هي :

المادة ١٣٧ الخاصة بمنع سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله
أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط - وقد سبق أن تناولنا تلك
المادة عند الكلام في سماع الدعوى .

والمادة ١٧٩ الخاصة بشهادة الإستكشاف .

والمادة ١٨١ الخاصة بالشهادة بالإيصاء أو الوصية .

وسوف نتناول أحكام هاتين المادتين في شهادة الشهود .

وفيما خلا المواد الثلاث الباقيات من اللائحة الشرعية ، يكون قانون
الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ هو الواجب التطبيق ، لأنه حل محل الباب
السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩
(الملغى) الذى كان قائماً وقت صدور قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمالية
رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

المبادئ العامة في الإثبات في القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ :

٣١٠- أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى ما يخالف الثابت

= للدكتور إدوار غالى الذهبي - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٩ - ص ٨١ وما
بعدها ، والعلم في كشف الجرائم - باب التزوير - تأليف منجل مولاند -
بالإنجليزية .

أصلاً مدعياً كان أو مدعى عليه (١) .

إن حسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه (٢) .

يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من المدين حتى يمكن خصمه منه ، ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل (٣) .

إن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ويجوز للخصم الذى لم يكن مكلّفاً فى الأصل بحمل عبء إثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه إمتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلّفاً قانوناً بالإثبات وذلك على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة إتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه (٤) .

متى كان الحكم متعلقاً بإجراءات الإثبات وصانراً قبل الفصل فى الموضوع ولا يتضمن فى أسبابه أو منطوقه قبول الطلب العارض الذى أبداه الطاعن ، فإنه يجوز للمحكمة أن تعزل عن هذا الحكم أو تقضى بسقوط حق الخصم فى التمسك به (٥) .

حق المحكمة فى العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات متى رأت أنه أصبح غير منتج وأن ما إستجد فى الدعوى بعد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقيدتها (٦) .

المقرر فى قضاء النقض أن محكمة الموضوع هى وحدها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إليها فى الدعوى من الأدلة ، وترجيح ما تطمئن إلى

(١) نقض - جلسة ١٩٧٧/٢/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٨ - ص ٧٠٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٩/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٢٢٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٧٢٠ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١١/١٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٣٥ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٢/١٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ١٨٧١ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٧٥١ .

ترجيحه منها ، وإستخلاص ما ترى أنه واقعة الدعوى ، دون رقابة عليها لمحكمة النقض (١) .

ولئن كان لمحكمة النقض الحق فى تقدير أدلة الدعوى وإستخلاص الواقع منها ، إلا أنه يتعين أن تفصح عن مصادر الأدلة التى تكونت منها عقيدتها وفحواها ، وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ، ثم تنزل عليها تقديرها ، ويكون مؤدياً إلى النتيجة التى خلصت إليها ، وذلك حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداد الحكم ، وأن الأسباب التى أقيمت عليها جاءت سائفة ولها أصلها الثابت بالأوراق ويتأدى مع النتيجة التى خلص إليها (٢) .

وإن المقرر فى قضاء النقض أن الحكم يجب أن يكون فيه بذاته ما يطمئن المطلع عليه على أن المحكمة قد محصت الأدلة التى قدمت إليها وحصلت منها ما تؤدى إليه وذلك بإستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة (٣) - وأنه من ثم يتعين على محكمة الإستئناف أن تبحث مجموع المستندات المتعلقة بالنزاع والصادرة من ذوى الشأن ، ولا يشفع فى ذلك إحالة الحكم المطعون فيه إلى أسباب الحكم الإبتدائى فى شأن هذه المستندات دون مناقشة دلالتها (٤) .

المقرر أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعى ومنها ما هو شكلى ، وفى قضايا الأحوال الشخصية والوقف يتبع فى قواعد الإثبات الموضوعية أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، وأن نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد حتى تقبل شهادته ، وقوة الدليل المستمد من شهادة الشهود ، من مسائل الإثبات الموضوعية التى يتبع فيها أرجح الأقوال فى

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - وجلسة ١٩٧٠/١٢/٢١ - ص ١٣١١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/٨ - الطعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٥٠ ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ - الطعن ٦٢٢ لسنة ٤٧ ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ - الطعن ٢١٥ لسنة ٥٢ ق .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص ٢٠٦ .

منهـب أبى حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وأن الشهادة ولاية لنفاذها على المشهود عليه . ومن القواعد المقررة بالإجماع فى الفقه الحنفى ألا ولاية لغير المسلم على المسلم عملاً بقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » . ولذلك فقد نص الفقهاء على أن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل شرعاً (إبن عابدين - جزء ١ - ص ٩٦ ، والفتاوى الهندية - جزء ٣ - ص ٥١٧ ، والنوابع جزء ٢ - ص ٢٥٢) ، وعلى هذه أيضاً إستقرار قضاء النقض (نقض - جلسة ١٩٧٤/٦/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص ٩٧٩) ، ذلك أن الشهادة فى إصطلاح الفقهاء هى إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق الغير ولو بلا دعوى (إقرار - شهادة) - وقد جاء بالحكم المتقدم أن : (... أقوال المسيحيات تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم ، وأن الحكم المطعون فيه إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة يكون قد إلتزم المنهج الشرعى السليم ...) .

إن الشهادة تجرى مجرى التمليكات لما فيها من معنى أن : (القاضى يملك الحكم بالشهادة ، كان الشاهد قد ملكه الحكم ، ومن الأصول الشرعية المقررة أنه إذا تضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفع صار الشاهد متهماً ، ولا شهادة للمتهم) - وقد جرى قضاء النقض على أن الإطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره (نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢٢ - الطعن ٣٩ لسنة ٢٩ ق) .

وأن الأصول الشرعية قد تضمنت فى الشهادة شروطاً متعددة ، منها أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به أو ليليه بنفسه ، فلا تصح فى طلب التطبيق الشهادة بالتسامع ، لقوله ﷺ : « إذا علمت مثل الشمس فإشهد وإلا فادع » ، وأن لا يكون الشاهد محدوداً فى قذف ، ولا متهماً فى شهادة ، (أى بقصد الحصول على مغنم أو دفع مغنم) لقوله ﷺ : « لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم » ، وألا يكون الشاهد خصماً ، لقوله ﷺ : « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين » ، ولا تقبل شهادة العدو على عدوه ، لقوله ﷺ : « لا تجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الجنة » .

تراجع فى شروط الشهادة :

مباحث المرافعات والدعوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإياني - ص ٩٧ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراة - ص ١٤٥ وما بعدها ، وطرق الإثبات فى الشريعة والقانون - رسالة - للدكتور أحمد البهى - ص ٢١ وما بعدها ، وشرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٢٤٨ وما بعدها ، وشهادة النفى - للشيخ أحمد إبراهيم - ص ١٠٧) .

وأخيراً ، فإن المقرر فى قضاء النقض أن لحكمة الإستئناف أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهباً مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها فى هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك وحسبها أن تقيم قضاها على ما يحمله ، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما إطمأنت إليه ولو كان مخالفاً لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم (نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى وإحوال شخصية - ص ٥٤٠) ، وأن لحكمة الإستئناف كذلك رقابة على تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود (نقض - جلسة ١٩٨١/٦/٦ - الطعن - رقم ١٧٧٢ لسنة ٥٠ ق) (١) .

تقديم :

٣١١- ثم نتناول قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية (٢) التى

(١) صحيفة الإستئناف المقام بمعرفتنا طعنًا فى الحكم الصادر فى القضية رقم ١١٦ سنة ١٩٨٤ أحوال نفس كلى دمياط .

(٢) فقد جمع قانون الإثبات قواعد الإثبات الإجرائية التى كان يتضمنها قانون المرافعات الملقى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقواعد الموضوعية التى كان ينص عليها القانون المدنى ، وتتضمن مذكرته الإيضاحية بياناً لذلك أن التشريعات نهجت مناهج شتى فى إختيار الوضع المناسب لقواعد الإثبات من التقنيات المختلفة ، فذهبت التشريعات الجرمانية إلى إلحاقها بقانون المرافعات وهو مذهب يلقي النقد الشديد من الفقه المصرى فى حين إتجهت التشريعات اللاتينية إلى توزيع تلك القواعد بين القانون المدنى فتخصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قواعد المرافعات فتخصه بالأحكام الإجرائية ، وهو ما أخذ به التشريع القائم ، إلا أنه مذهب محل -

تضمنها قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، والأحكام الباقية من اللائحة الشرعية في شأنها أبواب خمسة .

نقد كذلك لصعوبة إقامة تفرقة فاصلة بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي من قواعد الإثبات فضلاً عن صعوبة إختيار الوضع المناسب للقواعد الموضوعية في التقنين المدني ، أما الإتجاه الثالث فهو إتجاه للتشريعات الأنجلو سكسونية التي تجمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في تقنين مستقل ، وقد أخذ بذلك التشريع الأمريكي والقانون السوري ، بل أن الأول يزيد على ذلك إضافة قواعد الإثبات الجنائية إلى هذا التقنين وقد رأى المشرع الأخذ بالإتجاه الأخير ، فصل قواعد الإثبات الموضوعية من القانون المدني وأحكامه الإجرائية من قانون المرافعات وجمعها في تقنين مستقل ، لما رآه في ذلك من تيسير على صاحب الحق في التعريف على ما يستدحقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات من الصلة الوثيقة التي تجمعها حتى ليعتذر في كثير من الصور تصديد ما هو منها موضوعي خالص أو إجرائي خالص ، بل أنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوباً فيه أن كليهما يبنى حكمه على الآخر . وأخيراً فقد رأى المشرع في هذا المسلك تخلصاً من النقد الذي يوجه إلى موضع مواد الإثبات في القانون المدني إذ جاء في نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية في حين أن حكمها يسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية وهو نقد أحس به واضعوا مشروع القانون المدني وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر في كتاب مستقل . وإذا كان المشروع قد إنتهى إلى تجميع قواعد الإثبات الموضوعية وأحكامه الإجرائية في تقنين مستقل ففصلها بذلك عن القانون المدني وقانون المرافعات ، فإنه حرص في مراجعته أن يعمل على تيسير إجراءات الإثبات ، تحقيق مزيد من إيجابية القاضى وفعاليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم ، والحرص على إستقرار الحقوق وسد باب العيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المثل ، وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف إستحدث المشروع عدة أحكام وأدخل عدة تعديلات على النصوص القائمة .

الباب الأول

صحة الأوراق وإنكارها والإدعاء بتزويرها

٣١٢- الأدلة الكتابية نوعان . محررات رسمية ، ومحررات عرفية ولكل من النوعين أحكامه ، وحجتيه ، وسبل الطعن عليه (١) .

وهذا يقتضيها - قبل أن نبحث صحة الأوراق (المحررات) وإنكارها والإدعاء بتزويرها - أن نتناول بالبحث أحكام تلك المحررات الرسمية والعرفية وطلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده .

ومن ثم نعرض موضوعات هذا الباب في خمسة فصول .

(١) ذلك أن المقرر - وفقاً لما إستقر عليه قضاء النقض - أن المدعى هو المكلف بإثبات دعواه ، وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه (نقض - جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ - رقم ٧٦ - ص٤٩٩ وما بعدها) ولحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير ما يقدم إليها من الأدلة ، والموازنة بينها ، وترجيح ما تطمئن إليه منها (نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص١٣١١ وما بعدها ونات الجلسة - ص١٣٤٠ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص٥٠٦ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - المرجع السابق - ٢١ - ١ - ص٣٦٨) .

الفصل الأول

المحررات الرسمية ، والعرفية

أولاً - المحررات الرسمية :

٣١٣- المحررات الرسمية (١) - كما تقرر المادة ١٠ من قانون الإثبات هي تلك التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من نوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه ، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان نوى الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم (٢) .

إذا كان الحكم المطعون فيه قد عول في الأخذ بالصور الرسمية الشكاوى الإدارية المرفقة بها البلاغات الكتابية على عدم منازعة الطاعن في مطابقة هذه الصور للأصل ، وكان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بإنكار حجية تلك الصور ، فإن الحكم المطعون فيه إذا إعتد على هذه الصور في إستخلاص إقرار الطاعن بحق المطعون عليه

(١) عرف الأستاذ أحمد نشأت المحرر الرسمي بأنه كل ورقة صادرة من موظف عمومي مختص بتحريرها من حيث مكان التحرير حسب القواعد الموضوعية لذلك - ثم خلص من ذلك التعريف إلى أن يشترط في المحرر ليكون رسمياً ثلاثة شروط :

- (أ) أن يكون التحرير بمعرفة موظف عمومي أو مأمور رسمي .
- (ب) أن يكون هذا الموظف مختصاً من حيث نوع المحرر ومن حيث مكان التحرير .
- (جـ) أن يكون التحرير بحسب القواعد الموضوعية لذلك (رسالة الإثبات ص ٦٥ و٦٦) .

(٢) أما الورقة العرفية فهي حجة بما ورد فيها جميعاً حتى يثبت العكس ، ويجوز بحض صحة محتواها كله ، لا فرق في ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه ، وما قرر رواية عن الغير (نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - ص ٦٦ ، ونقض - جلسة ١٩٦٥/١/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٥٧ وما بعدها .

لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور في التسبب (١) .

فدفتر الختام ليس من قبيل الأوراق الرسمية لا حجة له في إثبات أن المنسوب إليه الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه (٢) .

إن الطلب الذى يقدم لمصلحة المساحة لمراجعة عقد من العقود أو استثمار التغيير التى تحررها المساحة لا تعتبر إيهما من الأوراق المعدة لإثبات شخصية الموقعين عليها وليس من مهمة الموظف القائم بها إثبات هذه الشخصية ولا تكون هذه الأوراق حجة بما فيها إلا بالنسبة للبيان الفنى الذى تضمنته هذه الأوراق (٣) .

إن مناط رسمية الورقة أن يكون محررها موظفًا عمومياً مكلفاً بتحريرها بمقتضى وظيفته ، والموظف العمومى المشار إليه فى حكم المادتين ٢١١ ، ٢١٣ من قانون العقوبات هو كل من يعهد إليه بنصيب من السلطة يزاوله فى أداء العمل الذى نيظ به أداؤه سواء كان هذا النصيب قد أسبغ عليه من السلطة التشريعية فى الدولة أو السلطة التنفيذية أو القضائية ، يستوى فى ذلك أن يكون تابعاً مباشرة إلى تلك السلطات أو أن يكون موظفًا بمصلحة تابعة لإحداها (٤) .

إنه ليس بشرط إعتبار التزوير واقعاً فى محرر ، رسمى أن يكون هذا المحرر قد صدر عن موظف عمومى من أول الأمر ، فقد يكون عرفياً فى أول الأمر ثم ينقلب إلى محرر رسمى بعد ذلك ، إننا ما تداخل فيه موظف عمومى فى حدود وظيفته . ففى هذه الحالة يعتبر التزوير واقعاً فى محرر رسمى بمجرد أن يكتسب المحرر الصفة الرسمية بتدخل الموظف وتنسحب

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - ١ - ص ١١٥٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ١٠٠ - ص ٢٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢ - المرجع السابق - قاعدة ١٠١ - ص ٢٨ .

(٤) نقض (جنائى) - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - جزئى - ص ٥٥٩ .

رسميته على ما سبق من الإجراءات إذ العبرة بما يؤول إليه لا بما كان عليه (١) .

حجية المحررات الرسمية :

٣١٤- والمحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً (م ١١ من قانون الإثبات) .

وحجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته (٢) .

إن الطعن بالتزوير في العقد الرسمى لا يكون إلا في البيانات التى دونها به الموظف المختص بتحريره من الوقائع أو الحالات التى شاهد حصولها أو تلقاها عن العاقدین . فإذا كان العقد خالياً من أى بيان عن حالة البائع العقلية فالقول بأنه قد تم أمام مأمور العقود الرسمية التى لا يقبل تحريرها لو كان العاقد ذا غفلة أو مجنوناً وأنه لذلك لا يقبل الطعن فيه من هذه الجهة إلا بالتزوير قول غير سديد (٣) .

وإذا كان أصل المحرر الرسمى موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ، وفى هذه الحالة تراجع على الأصل (م ١٢) (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٩ ، مجموعة المکتب الفنى ، السنة ١٨ ، ص ٩٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٣٧/١١/١١ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاماً) - جزء ١ - قاعدة ٩٧ - ص ٤٢١ .

(٤) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقياً على المادة ٣١٢ مدنى اللغة (المقابلة للمادة ١٢ من قانون الإثبات) ، أن الأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية ، ويتفرع عن ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التفتيزية والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة فى -

فإذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة على الوجه
الآتى :

(أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية
حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها
للأصل .

(ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية
ذاتها ولن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على
الصورة الأصلية التى أخذت منها .

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور
الأصلية فلا يعتد به إلا لجرد الاستئناس تبعاً للظروف (م ١٣) .

إن عدم منازعة الخصم فى مطابقة الصورة الشمسية - وهى صورة
رسمية - لأصل ورقة الإعلان ، لا يعيب الحكم عدم إطلاع المحكمة على
أصل الورقة وإكتفائها بهذه الصورة (١) .

إذا كان ما قدم لمحكمة الموضوع من أوراق لا يعدو أن يكون صوراً
شمسية وخطية وغير رسمية بأنها مكاتبات متبادلة ، وقد إعترض الخصم
على صلاحيتها لإثبات محتواها ، كانت تلك الأوراق بحالتها ليست لها أى
حجية لأن الأصل أنه لا حجية لصور الأوراق الرسمية إلا إذا كانت هذه
الصور بذاتها رسمية طبقاً لنص المادتين ١٢ ، ١٣ من قانون الإثبات رقم
٢٥ لسنة ١٩٦٨ (٢) .

-الإثبات مع أن موظفاً عاماً يستوثق من مطابقتها للأصل ولهذه العلة ذكر النص
على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذى يعتبر فيه بمطابقتها للأصل ،
كما أن إستحضار الأصل محل تقدير للقاضى ، وإن إنكار مطابقة الصورة للأصل
يكفى للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل (مجموعة
الأعمال التحضيرية للقانون - جزء ٣ - ص ٢٦١) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/٢/١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص ١٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ -
مدنى وأحوال - ص ٧٤٧ .

ثانياً - المحررات العرفية :

٣١٥- يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعته ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

إن حجية الورقة العرفية إنما تستمد من شهادة الإمضاء الموقع به عليها (١) .

أما الوارث أو الخلف فلا يلطّب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

ومن أحتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع (م) (١٤) .

والمعقد العرفي هو الذي يحرر طبقاً لما جرى عليه عرف الناس في التعامل ، إذ لم يرسم له القانون المصري شكلاً خاصاً ، سوى توقيع من صدر منه عليه ، سواء أكان عقداً تبادلياً ملزماً لطرفيه ، أم عقداً صادراً من جانب واحد .

إن المادة ١/٣٩٤ مدني (الملغاة والمقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) إذ تقضى بإعتبار الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من إمضاء أو ختم أو بصمة ، فإنها تكون قد جعلت الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر ذات الإمضاء أو الختم الموقع به وكان لإنكاره صريحاً ، فإن هو اقتصر على إنكار المدون في الورقة كله أو بعضه ، فإنه لا يكون قد أنكر الورقة العرفية بالمعنى المقصود في هذه المادة ولا تتبع في هذا الإنكار إجراءات تحقيق الخطوط وإنما تبقى للورقة قوتها الكاملة في الإثبات حتى تتخذ بشأنها إجراءات الإدعاء والتزوير (٢) .

إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه إنتهى في حدود سلطته

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٢ - من ٨٩٦ وما بعدها.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٤/٤ - المرجع السابق - السنة ١٨ - من ٧٦٠ .

الموضوعية في تقدير الدليل إلى أن مستنداً من المستندات لا يحتج به على المطعون عليه تأسيساً على أنه مجرد طلب لا يحمل توقيع ممثل المطعون عليه ، فإنه لا محل للتحدى بحجية هذا المستند كورقة رسمية أو عرفية للتدليل على أن المطعون عليه قد تنازل عن الدين موضوع الدعوى وأنه لم تعد له بالتالى صفة فى رفعها (١) .

ويشترط للإحتجاج بالكتابة أن تكون صادرة ممن وقعها أو من نائبه ، كما يشترط فى المحرر كى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون صادراً كذلك من الخصم المطلوب الإثبات عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته (٢) .

أن للبصمة فى نظر المشرع المصرى قوة الإمضاء ، فالتوقيع بالإمضاء على المحرر ممن صدر منه لا ينفى توقيعه عليها ببصمة الأصبع إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية لطلب الطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من الطعون التى قد توجه فى المستقبل إلى صحة الإمضاء(٣).

إن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقاً لما تقتضى به المادة ٢/٣٩٤ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) (٤) .

الأصل هو أن لاحجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها فى الإثبات إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجوباً فيرجع إليه أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للإحتجاج بالصورة إذ هى لا تحمل توقيع من صدرت عنه (٥) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٧٢٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص ١٧٩٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٢/١٠/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ١٠٠٦ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/٣ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٥٧٢ ، ونقض -

جلسة ١٩٧١/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ٩٣٠ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/٢ - المرجع السابق ، السنة ٧ ، ص ٥١١ ، ونقض -

جلسة ١٩٧١/٥/١٢ ، المرجع السابق - السنة ٢٢ ، ص ٦٣٠ ، ونقض - جلسة

١٩٧٢/٤/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ ، العدد ١ ، ص ٧٧٤ .

تنص المادة ٣٩٤ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) على أن تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، ومفاد ذلك أن الطعن بإنكار التوقيع على الورقة العرفية يجب أن يبدى فى صيغة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره (١) .

حجية المحررات العرفية :

٣١٦- لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلأ على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه .

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات (١٥م) .

فلا يكتسب العقد تاريخاً ثابتاً رسمياً إذا ذكره العاقدان وأوردا تاريخه وتفاصيله فى إنذارات رسمية تبادلاها وذلك من تاريخ تبادل الإنذارات (٧) .

إن دلالة وجود اختتام المتوفين بورقة على ثبوت هذه الورقة هى - من جهة ثبوت كون هذه الاختتام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم هى لم تجبر

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٦٢٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٢٢/١/١٢ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاماً) جزء ١ - قاعدة ١١٢ - ص ٣٩ .

فعلاً ثم إستعملت بعد الوفاة فى التوقيع على الورقة - مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها^(١).

إن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٥ مدنى ليست واردة بها على وجه الحصر . فإننا قدمت ورقة ما فى قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التى نظرت بها تلك القضية فهذا يكفى لإعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة^(٢) .

لا حرج على المحكمة فى أن تحيل الدعوى إلى التحقيق للإستدلال على ثبوت التاريخ لعقد ب وفاة أحد شهوده ما دام المتمسك به ضده لم ينكر توقيع هذا الشاهد المتوفى بل قرر أنه يجهل ذلك^(٣) .

إن ورود المحرر العرفى فى محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذى ورد فيه^(٤) .

متى كان الحكم قد إنتهى فى تكليفه للمحرر إلى أنه إقرار لا مخالصة بناء على الإعتبارات السائغة التى أوردتها ، وإلى أن هذا الإقرار لا يكون حجة على الغير إلا بثبوت تاريخه ، فإنه لا تجوز المجادلة فى هذا التكليف ، والقول بأن المحرر مخالصة يجوز إعفاؤها من قيد ثبوت التاريخ ، لأنه سواء إعتبرته المحكمة إقراراً يتحتم ثبوت تاريخه لإمكان نفاذه فى حق الغير أو إعتبرته مخالصة ولكنها لم تر بما لها من خبرة - من ظروف الدعوى - ما يدعو إلى إعفائها من شروط ثبوت التاريخ فلا معقب على تقريرها لأن ذلك مما يستقل به قاضى الدعوى ، ولا سبيل إليه لدى محكمة النقض^(٥) .

٣١٧- ويكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الإثبات^(٦) .

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٢٣/١/٤ - المرجع السابق - قاعدة ١٠٣ ص ٣٩ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٢٥/٥/٣٠ - المرجع السابق - قاعدة ١٠٤ ص ٣٩ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٢٨/١٠/١٠ - المرجع السابق - قاعدة ١٠٥ ص ٣٩ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٥٠/٤/٦ - المرجع السابق - قاعدة ١٠٦ ص ٣٩ .
(٥) نقض - جلسة ١٩٥٥/١٢/٨ - المرجع السابق - قاعدة ١٩٠ ص ٢٨٩ .
(٦) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - العدد ١ - ص ٧١ .

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلى لجرد الإستثناس م١٦٤(١) .

ولا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين :

١- إذا ذكر فيها صراحة أنه إستوفى ديناً .

٢- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته م١٨٤ .

والدفاتر والأوراق المنزلية هى المحررات الخاصة كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات (٢) .

والتأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته .

وكذلك يكون الحكم إذا أثبتته الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين م١٩٤ .

(١) وقد قضى بأنه يشترط لى تكون للبرقية قيمة الورقة العرفية فى الإثبات أن يكون أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، فإذا كان الأصل لا يحمل توقيع المرسل أو من له صفة النيابة عنه فى إرسالها ، فلا تكون للبرقية قيمة فى الإثبات (نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٢ - ص ١٠١٧) . ونقض - جلسة ١٩٦٩/١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٢ - العدد ١ - ص ٢٧١ .

(٢) تراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٢٨٥ - فى التعليق على نص المادة ٣٩٨ مدنى اللغاة والمقابلة للمادة ١٨ من قانون الإثبات .

الفصل الثانى

إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده ، وعرضه

الإلزام بتقديم محرر :

٣١٨- بينت المادة ٢٠ من قانون الإثبات الحالات الجائز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ، إذ قالت .
« يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده :

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبة بتقديمه أو بتسليمه .

(ب) إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان محرراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لإلتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

(جـ) إذا إستند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى .

إن المادة ٢٥٣ مرافعات « ملغى والمقابلة للمادة ٢٠ من قانون الإثبات، قد بينت على سبيل الحصر الحالات التى يجوز فيها للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده . وإذن فمتى كانت المذكرة أو المكاتبات التى طلب الطاعن إلزام المطعون عليها بتقديمها لا تندرج تحت أية حالة من هذه الحالات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض إجابة طلب الطاعن لا يكون قد خالف القانون أو عاره قصور (١) .

متى كانت المحكمة إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفاته بالأجرة التى إدعى أنه قام بدفعها قد قررت بالأدلة المبررة التى أوردتها وبما لها من سلطة التقدير الموضوعية فى هذا الخصوص أن طلبه غير جدى ، فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (٢) .

(١) نقض - جلسة ٢٧/٤/١٩٦١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص ٤٠٤ .

(٢) نقض - جلسة ١١/٢/١٩٥٢ ، المرجع السابق ، السنة ٤ - ص ١٨٣ .

إن طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى إذا توافرت إحدى الحالات الثلاث الواردة في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات بإعتباره طلباً متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لقاضي الموضوع فلمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية متى كونت عقيدتها في الدعوى من الألة التي إطمأنت لها (١) .

إن تقرير المحكمة إلزام الخصم بتقديم ورقة معينة تكون تحت يده يعتبر من إجراءات الإثبات التي يجوز للمحكمة طبقاً للمادة ١٦٥ مرافعات (ملغى) أن تعدل عنها بشرط أن تبين سبب هذا العدول (٢) .

ويجب أن يبين في هذا الطلب :

(أ) أوصاف المحرر الذي يعنيه .

(ب) فحوى المحرر - بقدر ما يمكن من التفصيل .

(ج) الواقعة التي يستند به عليها .

(د) الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه م ٢١٩ .

ولا يقبل الطلب إذا لم تراعى أحكام المادتين السابقتين م ٢٢٢، وإذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر في حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال إلى أقرب موعد تحدده .

وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال م (٢٢٣) .

وإذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو إمتنع عن حلف اليمين المذكورة أعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله يتعلق بشكله وموضوعه م (٢٤٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/٢/٩ ، المرجع السابق - السنة ١٢ ، ص ٢١٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٥ ، ص ٢٤٤ ، ونقض -

جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، ص ١٢٦٣ .

متى كان المدعى قد طالب بإلزام المدعى عليه بتقديم العقد الذى تحت يده باعتباره ورقة مشتركة بينهما فكلت المحكمة هذا الأخير بتقديمه فلم يقدمه وكان المشرع قد رتب فى المادة ٢٥٧ مراقعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٢٤ من قانون الإثبات) على عدم تقديم الخصم الورقة إعتبار الصورة التى قدمها خصمه لهذه الورقة صحيحة مطابقة لأصلها ، فإذا لم يقدم الخصم هذه الصورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها وذلك فى حق خصمه الممتنع . ولما كان المدعى لم يقدم من جانبه صورة العقد ، وكان مؤدى ذلك أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ أو لا تأخذ بما قاله المدعى من أن العقد لم يعلق على شرط ، فإن للمحكمة إذا رأت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صحة قوله ، فلا تثريب عليها فى ذلك^(١) .

وإذا قدم الخصم محرراً للإستدلال به فى الدعوى فلا يجوز سحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل (٢٥م) .

ويجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الإستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة (٢٦م) .

الإلزام بعرض الشئ :

٣١٨ مكرر - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشئ ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه .

فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن ويتقدمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك فى مصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الإمتناع عن عرضه .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٣٥٩ .

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه و- ت طلب العرض ما لم يعين القاضى مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر يسبب العرض « ٢٧م » (١) .

ونص المادة ٢٧ من قانون الإثبات نص مستحدث يتيح العمل على حسم المنازعات ، ويبتعد بالمنازعة أمام القضاء عن مجال المبارزة واللدن .

ويقتضى ترتيب الإلتزام الذي قرره النص إجتماع شروط ثلاثة :

أولها - أن يدعى شخص بحق شخصى أو عينى يتعلق بشيء .

وثانيها - أن يكون هذا الشيء فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز سواء أكان هذا الشخص خصماً فى الدعوى أو لم يكن خصماً فيها .

وثالثها - أن يكون فحص هذا الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذا الضرر إلى القاضى (٢) .

فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة المتقدمة ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو بسبب قوى للإمتناع كالحرص على حرمة سر عائلى مثلاً ، والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن فى تقديم الشيء أمام القضاء ، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، كما يجوز إلزامه بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض (٣) .

(١) ويقدم الطلب بإدخال الغير ممن يستفيد من الورقة من طرفى الخصومة ، ومتى أدخل الغير فى الدعوى أصبح خصماً فيها ، وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالفرامة إذا إمتنع عن الإمتثال لأمرها عملاً بالقواعد العامة فى هذا الخصوص فضلاً عن حق الخصم الذى أضر به قبل الغير فى أن يرجع عليه بالتعريض (قواعد المرافعات - للأستاذ محمد وعبد الوهاب العشماوى - جزء ٢ - ص ٥٢٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الإثبات فى صدد المادة المستحدثة رقم ٢٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات .

الفصل الثالث

إثبات صحة المحررات

٣١٩- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشف والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها .

وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيد ما يوضح حقيقة الأمر فيه (م٢٨) .

إن إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية . أما إدعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية (م٢٩) .

إنه لا يتعين على منكر التوقيع بالختم أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير إلا إذا أقر بصحة الختم أو ثبت للمحكمة صحته من الأدلة التي قدمها المتمسك بالورقة ، فإذا لم تتوافر إحدى هاتين الحالتين كان الطعن بالإنكار جائزاً وكان للمحكمة أن تفصل فيه وفقاً للمادة ٢٦٢ مرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٣٠ من قانون الإثبات) التي تجيز الإحالة إلى التحقيق بالمضاهاة أو بشهادة الشهود ، كما لها ألا تسلك أحد هذين الطريقتين وأن تقضى بعدم صحة الورقة إذا ثبت لها مما تقدم إليها من أدلة أنها غير صحيحة وإنها لم تصدر ممن نسبت إليه (١) .

إن المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٢٨ من قانون الإثبات) التي أجازت للمحكمة سماع شهادة الشهود على حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها لا ترى إلا إلى إثبات الإمضاء أو الختم المذكورة بصمته لا إلى إثبات التوقيع بعد الاعتراف

(١) نقض - جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ ص ٦٣٢ .

بالختم وهذا ظاهر من مقارنة مواد الباب الواردة هي فيه بعضها ببعض^(١).
إن القانون في باب تحقيق الخطوط لا يعرف إلا إنكار الختم ذاته فمن
يعترف بالختم ولكن ينكر التوقيع به لا يقبل منه هذا الإنكار بل عليه أن
يدعى بالتزوير في الورقة ويقيم هو الدليل عليه^(٢) .

ما حكم الإدعاء بالتزوير بعد الإنكار :

٣٢٠- إذا كان المدعى قد دفع بالإنكار ثم عاد إلى الطعن بالتزوير ،
فهل ذلك جائز في مفهوم المادة ٤٩ إثبات ؟ ثار خلاف .

فذهب رأى الأغلبية إلى جواز الطعن بالتزوير بعد حصول الإنكار
في جميع الأحوال .

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا معنى لإباحة الطعن بالتزوير بعد
حصول الإنكار ، إذ يكون في ذلك إعادة للتحقيق في أمر قد فصل فيه
القضاء حاز قوة الشيء المحكوم فيه .

وذهب رأى ثالث إلى أنه لا معنى لإباحة الطعن بالتزوير إلا إذا تناول
الطعن وقائع جديدة لم يتناولها التحقيق الذي حصل عند الإنكار .

وذهب رأى رابع إلى أن حصول الإنكار أو سلوك الإدعاء بالتزوير لا
يعدو أيهما أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى ، فالسير في
تحقيقه لا يكون إلا من قبيل تمحيص الدليل المطروح على المحكمة ، فلها أن
تأخذ بهذا الدليل أو بذلك إذا ما أطمأنت وإقتنعت به ، ومن ثم فلا ضرر على
ذئ الشأن من أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير بعد حصول الإنكار ما دام
أن المحكمة لم تحسم النزاع والحلف الذي حصل بشأنه الإنكار أو الإدعاء
بالتزوير . أما إذا كانت قد حسمت النزاع الذي ثار بين الخصوم بشأن
الورقة المطعون فيها بالإنكار أو التجهيل بأن قضت بصحتها أو بعدم
صحتها ، فقد حاز قضاؤها هذا قوة الشيء المحكوم فيه ويخرج من ولايتها

(١) نقض - جلسة ١٩٢٨/٢/٢ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ -
قاعدة ٣ - ص ٣٠٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥ ، للرجع السابق ، قاعدة ٦ ص ٣٠٧ .

بمجرد النطق بالحكم ، ما لم يتناول الطعن بالتزوير وقائع جديدة (١) .
من المقرر في قضاء النقض أن المحكمة عند قضائها بعدم قبول الادعاء
بالإنكار - والدفع بالجهالة صورة منه - أن لا تقضى في موضوع الدعوى ،
بل يجب عليها أن تجعل حكمها مقصوراً على الدفع حتى لا يفوت على
صاحب المصلحة من الخصوم سلوك طريق الإدعاء بالتزوير إذا أراد (٢) .

(١) انظر في مختلف هذه الآراء : الوسيط - ٢ - للسنيهورى - طبعة ١٩٥٦ -
ص ٢٩٢ . وله : الوجيز - ص ٩٥ . والمرافعات - لمبد الحميد أبو هيف - ص ٥٢١ .
ورسالة الإثبات - لأحمد نشأت - طبعة ٥ ص ٢١٣ . والمجموعة الرسمية - السنة
٦١ - ص ٤٢٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - م.م. ف - ٢٤-١-٢٢٣ ونقض - جلسة
١٩٧٢-٣-٢١ - المرجع السابق - ٢٣-١-٤٢٩ ونقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١٨ -
المرجع السابق - ١٧-٤-١١٠٥ - ونقض - جلسة ١٩٦٦/١١/١٩ م.ق.ق. - ٢٥-
عاماً - قاعدة ١٣ - ٣٨٠ .

الفصل الرابع

إنكار الخط والإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

٣٢١- إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة إصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو لكليهما (٣٠م) .

قاضى الموضوع - على ما يستفاد من المادة ٣٦٢ مرافعات (ملغى) - غير ملزم فى حالة إنكار التوقيع على الورقة العرفية بإجراء التحقيق المشار إليه فى هذه المادة بل له إذا رأى من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح أن يرد على المنكر إنكاره ويأخذ بالورقة من غير إجراء هذا التحقيق لأن الغرض من هذا الإجراء هو إقناع المحكمة برأى تراتح إليه فى حكمها ، فإذا كان هذا الإقناع موجوداً بدونه فلا لزوم له (١) .

لم ينظم المشرع - سواء فى قانون الإجراءات الجنائية أو فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - المضاهاة فى نصوص أمره يترتب على مخالفتها بالبطلان (٢) .

لا تلزم المحكمة عند إنكار التوقيع على الورقة العرفية بالسير فى إجراءات التحقيق وإنما يجوز لها ألا تعتد بهذا الإنكار إذا وجدت فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها بإعتبار أن إنكار التوقيع منازعة غير جدية (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٤/١/١٩٦٥ - مجموعة الكتب الفنية - السنة ١٦ - ص ٥٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٢/٦/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ جنائى - ص ٧٩٤ .

(٣) نقض - جلسة ٤/٤/١٩٦٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ ص ٧٦٠ .

قاضى الموضوع غير ملزم فى حالة إنكار التوقيع على الورقة العرفية من المنسوب إليه التوقيع أو إنكار خلفه ذلك أو طعنه عليها بالجهالة بإجراء التحقيق المشار إليه فى هذه المادة . بل إن له إذا رأى فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح ، أن يرد المنكر إنكاره وعلى مدعى الجهالة إدعائه ويأخذ بالورقة من غير إجراء هذا التحقيق (١) .

قاضى الموضوع غير ملزم بالإلتجاء إلى تحقيق الخطوط بطريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما إلا إذا لم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدته للقاضى أن يحكم بصحة الورقة أو بردها وبطلانها ، بشرط بيان الظروف أو القرائن التى إستند إليها ، وله الإعتماد على المضاهاة التى يجريها بنفسه دون أن يتقيد بأوراق المضاهاة المنصوص عليها فى المادة ٢٦٩ مرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٢٧ من قانون الإثبات) (٢) .

ويحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب (٣١م) .

إنه وإن كانت المادة ٢٦٣ مرافعات (ملغى المقابلة للمادة ٣١ من قانون الإثبات) تنص على أنه يجب على رئيس المحكمة أن يوقع على الورقة المطعون عليها بالإنكار ، إلا أن إغفال هذا الإجراء لا يترتب عليه البطلان إذ لم تقرر المادة المذكورة البطلان جزاء على المخالفة (٣) .

ويشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) نذب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق .

(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء .

(ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ من ١١٣٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٨ - من ١٦٦٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٩ - من ٦٢٣ .

(د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة (م ٢٢) .

ويكلف قلم الكتاب الخبير بالحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق (م ٢٣) .

وعلى الخصوم أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والإتفاق على ما يصلح منها لذلك ، فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات . وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها (م ٢٤) .

وللمدعى عليه بالتزوير أن يقدم إلى المحكمة الأوراق التى يرى إجراء المضاهاة عليها ، ولكن ليست المحكمة ملزمة بأن تطلب إليها شيئاً منها ، وذلك تعريضاً عن الأصل القاضى بأن إحالة الدعوى إلى التحقيق بالمضاهاة أو شهادة الشهود إنما محلها إذا لم تقتنع المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتاتها برأى فى شأن الورقة المطعون فيها بالتزوير ، ومن ثم فإنه يكون فى غير محله النعى على الحكم المطعون فيه بالمخالفة للقانون والإخلال بحق الطاعن فى الدفاع إذا لم تطلب منه المحكمة أوراقاً لإجراء المضاهاة مكتفية بما قدمه المطعون عليه من هذه الأوراق (١) .

وعلى الخصم الذى ينازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للإستكتاب فى الموعد الذى يعينه القاضى لذلك فإن إمتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصح المحرر (م ٢٥) .

قواعد وإجراءات المضاهاة :

٣٢٢- تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الذى حصل إنكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع (م ٢٦) .

ولا تقبل للمضاهاة فى حالة عدم إتفاق الخصوم إلا :

(١) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٩٤٢ .

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .
(ج) خطه أو إمضاءه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه (م ٢٧) .

وهذه المادة تقابل المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى .

إن القاعدة بشأن بيان الأوراق التى تصبح للمضاهاة عليها هى قاعدة أساسية تجب مراعاتها فى التحقيقات الجنائية كما تجب مراعاتها فى التحقيقات المدنية ولا يصح التوسع فيها ولا القياس عليها . على أنه إذا كانت المحكمة لا تملك إجراء المضاهاة على ورقة غير مستوفاه للشروط المنصوص عليها فى تلك المادة ، فإن لها بمقتضى حقها المطلق فى تكوين إعتقادها من أية ورقة تقدم فى الدعوى أن تعتمد فى تقديرها الموضوعى على مثل تلك الورقة (١) .

وإذا ندبت المحكمة خبيراً لإجراء المضاهاة على بعض أوراق معينة قضت بقبولها للمضاهاة نقصرت المضاهاة على بعض هذه الأوراق دون بعض ثم سايرت المحكمة - وهى بسبيل إجراء المضاهاة بنفسها - الخبير فى إستبعادها من إستبعده من الأوراق دون إبداء أسباب لذلك مع كون الأوراق المستبعدة من الأوراق المقبولة قانوناً ، ومع كون الحكم الصادر بندب الخبير لإجراء المضاهاة على تلك الأوراق واجب التنفيذ فحكمها المقام على أساس هذه المضاهاة قد يكون مشوباً ببطلان جوهري (٢) .

ويجب بحسب الأصل أن تكون الأوراق التى تحصل المضاهاة عليها فى التقرير رسمية أو معترفاً بها . فإنما كان عقد الإيجار الذى أجرى الخبير المضاهاة عليه لا يوجد فى أوراق الدعوى ما يدل على الإعراف به فإن

(١) نقض - جلسة ١١/٢٦/١٩٣٤ - جنائى - مجموعة القواعد القانونية - للأستاذ محمود عمر - جزء ٣ قاعدة ٢٩١ - ص ٣٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ٢٥/٣/١٩٤٨ - مدنى - المرجع السابق - جزء ٥ - قاعدة ٨٩ - ص ٥٦٨ .

الحكم الذى يعتمد فى قضائه على تقرير الخبير الذى أقيم على هذه العملية يكون معيباً (١) .

إنه وإن كان للمحكمة أن تطرح ما يقدم لها من أوراق المضاهاة ولو كانت أوراقاً رسمية . إلا أنه يشترط أن تكون الأسباب التى تستند إليها المحكمة فى إستعمال هذا الحق سائغة ومن شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهت إليه وتكفى لحمل قضائها فى هذا الشأن (٢) .

إن مؤدى نص المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات أنه يجب أن تكون الأوراق التى تحصل المضاهاة عليها فى التزوير أوراقاً رسمية أو عرفية معترفاً بها أو تم إستكتابها أمام القاضى - ولما كان صدور أمر أداء بموجب سند إذنى لا يضافى على هذا السند صفة الرسمية ولا يعد عدم الطعن على الأمر المذكور إعتراضاً من المدين بصحة التوقيع على السند . وكان الثابت أن الطاعن المذكور ومن قبله مورثه (المدين) قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم جواز إجراء المضاهاة على هذا السند الصادر به أمر الأداء فإلتفتت المحكمة عن هذا الدفاع فإنها تكون قد خالفت القانون (٣) .

إن المحكمة غير ملزمة بأن تقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية لم يثبت تزويرها متى وجدت فى بعض الأوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفى لإجرائها . إن مناط قبول الأوراق العرفية للمضاهاة أن يحصل إتفاق الخصوم عليها (٤) .

ويجوز للقاضى أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للإطلاع عليها بغير نقلها (م ٢٨) .

(١) نقض - جلسة ١٩٤٩/٢/٢٢ - جنائى - المرجع السابق - جزء ٧ - قاعدة ٨٤٢ - ص ٨٠٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/١٠/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى العدد ٣ - ص ١٦٠٠ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - العدد ٣ - مدنى - ص ٣١٠٠ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٩/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٥٩٩ .

فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصورة التى
تنسخ منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتخب والكتاب
والموظف الذى سلم الأصل ، ومتى أعيد الأصل إلى محله ترد الصورة
المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير إلّاها (م ٢٩٦) .

ويوقع الخصوم والخبير والقاضى والكتاب على أوراق المضاهة قبل
الشروع فى التحقيق ، ويذكر ذلك فى المحضر (م ٤٠٠) .

وتراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الفصل المتعلق
بالخبرة (م ٤١٠) .

ولا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو
الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر للمقتضى تحقيقه ممن نسبت
إليه .

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الفصل الخاص بشهادة
الشهود (م ٤٢٠) .

ولا يجوز عند إنكار التوقيع سماع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق
بإثبات واقعة التوقيع دون إثبات الدين أو التخالص المدون بهذه الورقة .
وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أقيم على خلاف ذلك فإنه يكون قد
خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه (١) .

وإذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكر بفرامة لا تقل عن
عشرة جنيه (٢) ولا تجاوز خمسين جنيه (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٢/٦/٢٠ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ -
ص ٢٠٦ . ونقض - جلسة ١٩٦٧/٤/٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ -
ص ٧٦٠ .

(٢) إن الحكم بالفرامة لا يوقع بحسب نص المادة ١٧٥ مرافعات (ملقى) إلا إذا
حكمت المحكمة بصحة الورقة . والحكم بصحتها يقع فى صورة عدم قبول الدفع
بإنكار التوقيع بالختم مع الإعتراف به ، وإذن فالفرامة لا يمكن توقيعها فى تلك
الصورة لإنتفاء شكل توقيعها . فإذا قضت محكمة الموضوع بصحة إيصال منكور
التوقيع عليه بالختم المعتبر به . وقضت بالفرامة كان قضائها فى ذاته مخالفاً
للنانون (نقض - جلسة ١٩٢٥/٤/٢٥ - مجموعة القواعد القانونية - فى ٢٥
عاماً - الجزء ١ - ص ٣٠٩) .

وإذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة (م ١٤م) .

تنص المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات (الملغاة والمطابقة للمادة ٤٤ من قانون الإثبات على أنه إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحتها أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة ، ومفاد ذلك إنه لا يجوز الحكم بتزوير الورقة وفى الموضوع معاً ، بل يجب أن يكون القضاء بالتزوير سابقاً على الحكم موضوع الدعوى وذلك حتى لا يحرم الخصم الذى تمسك بالورقة التى قضى بتزويرها من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لإثبات ما أراد إثباته بتلك الورقة (١) .

ويجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الإلتزام الوارد به غير مستحق الأداء ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة (م ٤٥م) .

والدعوى التى أشارت إليها تلك المادة هى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية (٢) .

وإذا حضر المدعى عليه وأقر ، أثبتت المحكمة إقراره وتكون جميع المصروفات على المدعى ، ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكّت المدعى عليه أو لم ينكر أو لم ينسبه إلى سواه (م ٤٦م) .

وإذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع ، ويجوز إستئناف هذا الحكم فى جميع الحالات .

(١) نقض - جلسة ١٨/٤/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ .

(٢) يراجع فى صدد أحكام وقواعد تلك الدعوى : قواعد المرافعات للأستاذين محمد عبد الوهاب العشماوى - جزء ٢ - ص ٤٩٦ - والمرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - الطبعة ٧ - ص ٨١٩ (م ٤٧) .

وإذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع
فيجوز التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة (٤٨٣) .

أحكام دعوى التزوير الأصلية وإجراءات رفعها :

٣٢٣- يجيز القانون - بنص المادة ٥٩ إثبات - لمن يدعى التزوير أن
يرفع دعوى تزوير أصلية في مواجهة من يتمسك بالورقة ، وصورة هذه
الدعوى ، أن يعلم شخص أن بيد آخر ورقة مزورة ، سواء أكانت رسمية أو
عرفية ويخشى الإحتجاج عليه بهذه الورقة ، فيرفع دعوى أصلية على من
بيده الورقة بالطرق المعتادة لرفع الدعاوى يطلب فيها الحكم بتزوير الورقة
ويقوم المدعى بإثبات تزويرها طبقاً للأوضاع التي نص عليها القانون
لإثبات صحة الأوراق ، وتراعى المحكمة في هذه الدعوى وفي الحكم فيها
القواعد المنصوص عليها في شأن الإدعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر
ما تتفق والعمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية ، وعلى ذلك فلا
يشترط في هذه الدعوى التقرير بالطعن بالتزوير في قلم الكتاب ولا إعلان
مذكرة شواهد التزوير ، لأنهما يتنافيان مع طبيعتها وكونها دعوى مبتدأة ،
إذ أن ما تضمنته صحيفة الدعوى من بيانات نصت عليها المادة ٦٣ مرافعات
تفنى عن التقرير بالطعن بالتزوير وعن مذكرة شواهد التزوير ، ذلك أن
في ذكر وقائع الدعوى ، وطلبات المدعى أما يبين مواضع التزوير والشواهد
عليه وطريقة تحقيقها . ولا يجوز الإلتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية ، إلا
إذا لم يحصل بعد الإحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها في نزاع قائم أمام
القضاء ، إذ يبغي في الحالة الأخيرة بدلاً من الإدعاء أصلياً بالتزوير أن
يسلك طريق الإدعاء بالتزوير كوسيلة دفاع (١) .

ويرفع مدعى التزوير هذه الدعوى الأصلية قبل أن يتمسك بالورقة في
مواجهته ، وتقتصر مهمة المحكمة على القضاء بصحة الورقة أو
تزويرها (٢) . وعلى المحكمة أن تراعى في تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها
قواعد الإدعاء بالتزوير التي سنتناولها - لاحقاً - في الفصل الخامس .

(١) نقض - جلسة ١١/١١/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - العدد ٣ -
ص ١٠٠٩ وما بعدها .

(٢) المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ . ١٩٦٥ - ٧٩٥ - والطبعة -

الفصل الخامس

الإدعاء بالتزوير

٣٢٤- يكون الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب ، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلاً .

ذلك سبيل يجب على مدعى التزوير أن يسلكه (١) .

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته بها ، وإلا جاز الحكم بسقوط إدعائه (م ٤٩) .

والإدعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التى نص عليها القانون لإثبات عدم صحة الأوراق رسمية كانت أو عرفية .

وثمة شبه بين الإدعاء بالتزوير والطعن بالإنكار ، مؤداه أنه كلاهما وسيلة لمعرفة إن كانت الورقة المتقدمة فى القضية صحيحة أو غير صحيحة، كما أن طرق الإثبات فى كليهما واحدة .

بيد أن تحقيق الخطوط يرد على الأوراق العرفية وحدها ، على حين أن الإدعاء بالتزوير يرد على الأوراق الرسمية والعرفية على سواء .

وشواهد التزوير هى كل ما يستند إليه مدعى التزوير من وقائع وقرائن وأمارات وظروف منها ما كان سبيل إثباته شهادة الشهود ، أو تحقيق الخبراء ، ومنها ما كان من قبيل القرائن المستفادة من

١١- ١٩٧٥ . ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٤٦٦ .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - العدد ٢ - ص ٦٧٧ - ومبادئ قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - ص ٤٦٥ وما بعدها .

الوقائع الثابتة فى الدعوى (١) .

وقد إجتمعت كلمة الفقهاء على أن طرق التزوير التى نص عليها القانون واردة على سبيل الحصر (٢) .

إلا إنهم إختلفوا فيما إذا كان يجوز الطعن بالتزوير فى التوقيع بعد سابقة الإنكار والتحقيق الذى إنتهى إلى الحكم بصحة التوقيع ، أم أن ذلك غير جائز .

فذهب رأى إلى جواز الطعن بالتزوير بعد حصول الإنكار وفى جميع الأحوال (٣) .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن ذلك غير جائز قولاً بأن فى قبول إعادة للتحقيق فى أمر سبق الفصل فيه وحاز قوة الشئ المقضى .

بينما ذهب رأى ثالث إلى القول بإباحة الطعن بالتزوير إذا كان يتناول وقائع جديدة لم يسبق أن تناولها التحقيق الذى جرى عند الإنكار .

وذهب رأى رابع إلى القول بأن حصول الإنكار أو سلوك طريق الإدعاء بالتزوير لا يعدو أى منهما أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى .
ولكن الرأى الأول هو الراجح :

إن الإدعاء بتزوير الأوراق المقدمة فى الدعوى يجوز إبداءه أثناء قيامها أمام محكمة الإستئناف ، ذلك أن الطعن بالتزوير جائز بطلب عارض فى أية حالة تكون عليها الدعوى الأصلية ، وقيام الخصومة أمام محكمة الإستئناف إن هو إلا حالة من الحالات التى تكون عليها الدعوى وليس فى ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضى على أحد من أصحاب الشأن إذ مسألة التزوير ليست فى حقيقتها إلا دفاعاً موضوعياً منصباً على مستندات الدعوى

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فى شأن المادة المقابلة رقم ٢٨١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٢٤/١/١٥ - مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر - جزء ٣ - ص ٢٥٦ .

(٣) الوسيط - جزء ٢ - للدكتور السنهورى - ص ٢٩٢ - والمرافعات - للأستاذ المرحوم عبد الحميد أبو هيف - رقم ٨٦٢ - هامش ص ٥٢١ .

وليسست من قبيل الطلبات الجديدة التى يمنع تقديمها لأول مرة فى الإستئناف (١) .

إذا كان الطاعن قد طلب فى مذكرته الأخيرة بعد حجز القضية للحكم إعادة الدعوى إلى المرافعة ليقرر الطعن بالتزوير فى محضر إعلان باشره المحضر ورفضت المحكمة الإستجابة لهذا الطلب إستناداً إلى أنه قد مضت مدة سنة من تاريخ رفض معارضته فى الحكم الفيايى دون أن يقرر بالتزوير واستخلصت من ذلك أنه طلب كيدى يبنى من ورائه إطالة أمد التقاضى فإنها لا تكون قد اخلت بحقه فى الدفاع (٢) .

وإن كان مدعى التزوير حين طعن بالتزوير على المحرر قرر بقلم الكتاب أن الإمضاء الموقع به على هذا المحرر والمنسوب إليه ليس بخطه فإن فى ذلك ما يكفى للإبانة عن موضع التزوير المدعى به من المحرر ويكون تقرير الطعن على هذه الصورة محدداً به موضع التزوير المدعى - إن عدم بيان إجراءات التحقيق التى يطلب إثبات التزوير بها فى مذكرة شواهد التزوير لا يترتب عليه البطلان بل سقوط الإنداء بالتزوير وهو أمر جوازى للمحكمة فلا تثريب عليها إن هى لم تحكم به (٣) .

وعلى مدعى التزوير أن يسلم بقلم الكتاب المحرر المطعون عليه إن كان تحت يده - أو صورته المعلقة إليه - فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب (م ٥٠) .

وإذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد إطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرر أو ضبطه وإيداعه قلم الكتاب فإنما إمتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن (م ٥١) .

فإذا رفعت دعوى تزوير أصلية بطلب الحكم برد وبطلان سند ولم

(١) نقض - جلسة ١٩٤٧/١١/٦ - مجموعة القواعد القانونية - لمحمود عمر - جزء ٥ - قاعدة ٢٢٧ - ص ٤٧٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٨٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/١١/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٩٨٧ .

يكن المحرر تحت يد مدعى التزوير وإمتنع المدعى عليه فى الإدعاء بالتزوير عن تقديم السند المدعى بتزويره وتعدر على المحكمة ضبطه تعين عليها أن تقضى فى دعوى التزوير الأصلية بإنتهاء الدعوى . أما إذا كان الإدعاء بالتزوير فرعياً وكان السند غير مرفق بملف الدعوى كما إذا كان المدعى عليه بالتزوير قد تمكن من سحبه من ملف الدعوى قبل الإدعاء بالتزوير ولم تتمكن المحكمة من ضبطه كان على المحكمة أن تعتبر السند غير موجود ، وتمضى فى نظر الدعوى على هذا الأساس أى دون ما إعتداد بما ورد فى المحرر ، وهذه القواعد تختلف تماماً عن القواعد المنصوص عليها فى القانون الجزائى إذ أن سحب الورقة أو فقدانها أو إنعدامها لأى سبب كان لا يمنع المحكمة من أن تعرض لأدلة التزوير التى قدمها مدعى التزوير وتحققها تقول كلمتها فيها بناء على ما يظهر لها ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالبراءة على أساس أن السند غير موجود . كما أن لها أن تأخذ بالصورة الشمسية للورقة كدليل فى الدعوى إذا ما إطمأنت إلى صحتها^(١) .

وإذا كان الإدعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورات أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته وجائز أمرت بالتحقيق (٥٢م) .

إن دعوى التزوير يجب حتماً أن تمر على مرحلتين : الأولى - مرحلة تحقيق الأدلة ، والثانية - مرحلة الفصل فى الدعوى ، إذ هذا إنما يتحقق عملاً فى حالة ما إذا رأت من عناصر الدعوى ما يحضها دون حاجة إلى تحقيقها . كان لها من البداية أن تقضى برفض دعوى التزوير وصحة السند^(٢) .

إن لما كان الإثبات بكل الطرق جائزاً فى دعوى التزوير كان لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت التزوير . وإذن

(١) نقض - جنائى - جلسة ١٩٦٤/١١/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - ص ٦٩٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥١/٣/١٨ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ٢٤ - ص ٤١١ .

فلا على المحكمة أن عجز المدعى بالتزوير عن إثباته بالبينة إن هي إطمأنت إلى ثبوته من القرائن ما دامت مؤدية إلى ما إستخلصته منها (١) .

إن المستفاد من نصوص قانون المرافعات أن أدلة التزوير التي عنتها هي الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة في إثبات دعوى التزوير . أما قرائن الحال والأمارات التي لا تقوم على وقائع يتدافعها الخصوم إثباتاً ونفيًا فهي إن كانت تصح حجة على التزوير إلا أنها لا تعتبر أدلة بالمعنى السالف بيانه ، فما يرد منها بين أدلة التزوير لا يجرى عليه ما يجرى على هذه الأدلة ، ولا يجوز أن يكون محلاً لحكم من القاضي بقبول أو رفض ، بل يجب أن يرجى النظر فيه إلى حين الفصل في موضوع التزوير ، لأن الحكم بقبول تلك الأدلة يكون من تحصيل الحاصل والحكم برفضها هو إستبعاد لها وحدها ، وهذا غير جائز لكونها من عناصر الدعوى التي ينظر فيها عند النظر في موضوع التزوير ، وعلى ذلك فإذا قبلت المحكمة من أدلة التزوير الواردة في صحيفة الدعوى لبياناً واحداً وأمرت بتحقيقه وأبقت الفصل فيما عداه مما لا يعدو أن يكون من أمارات التزوير ثم قضت بعد التحقيق مضافاً إليه تلك القرائن والأمارات التي كان قد ساقها مدعى التزوير في صحيفة إعلان أدلته ، فإنها بذلك لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (٢) .

إذا كان المدعى عليه في دعوى التزوير قد صادق مدعى التزوير على جوهر الواقعة المطلوب إثباتها فلم تر المحكمة محلاً للمسير في إجراءات التزوير لأن الإدعاء به أصبح غير منتج فإنه كان عليها وفقاً لنص المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات أن تقضى بإنهاء إجراءات الإدعاء بالتزوير ، أما

(١) نقض - جلسة ١٢/٢/١٩٥٢ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - قاعدة ٦٦ - ص ٤١٧ - ونقض - جلسة ٢/٢٨/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ٧٤٠ - ونقض - جلسة ٨/١٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - ص ١٨٤٦ . ونقض - جلسة ١٩/١/١٩٦٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٥٦ . ونقض - جلسة ١٦/٢/١٩٦٧ - ص ٦٥٦ . ونقض - جلسة ١٦/٢/١٩٦٧ - ص ٦٧٢ . ونقض - جلسة ١٣/٢/١٩٦٩ - السنة ٢٠ - ص ٢١٠ - ونقض - جلسة ٤/٢/١٩٦٩ - ص ٢٨٢ .

(٢) نقض - جلسة ٧/٢/١٩٥٤ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ٦ - ص ٤٠٨ .

وقد قضت برفض الإدعاء وبإلزام مدعى التزوير بالغرامة القانونية فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ، ذلك لأنه لا يجوز الحكم بغرامة على مدعى التزوير إلا إذا قضى بسقوط حقه في الإدعاء بالتزوير أو برفضه وفقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات (١) .

ويشترط لقبول الإدعاء بالتزوير أن يكون منتجاً في النزاع فإذا كان ذا أثر في موضوع الدعوى تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله دون أن تبحث شواهد أن تحققها إذ من العبث تكليف الخصوم بإثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجاً نتيجة ما في موضوع الدعوى (٢) .

ولقاضي الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير ولا يلزمه القانون بإجراء تحقيق متى أطمأن إلى عدم جدية الإدعاء بالتزوير ووجد في وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفي لإقناعه بصحة الورقة المدعى تزويرها (٣) .

إن تقدير القرائن القضائية من سلطة قاضي الموضوع لا رقابة لمحكمة النقض عليه في تقديره لقرينة مؤدية إلى الدلالة التي إستخلصها هو منها . إن إقامة الحكم بتزوير ورقة على قرائن مجتمعة ، إنه ليس للطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٤/١١/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٦ - ص ٩٧٠ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٨٧ . ونقض - جلسة ١٩٦٨/٤/٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٨٧٠ . ونقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٩ - ص ٩٢٤ . ونقض - جلسة ١٩٦٩/١/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١١١ . ونقض - جلسة ١٩٦٩/٣/٤ - المرجع السابق - السنة ٥٠ - ص ٣٨٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - ص ١١٨٠ . ونقض - جلسة ١٩٦٨/٣/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٦٦٥ . ونقض - جلسة ١٩٦٩/١/١٤ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٩٥ . ونقض - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١ - ص ١٤٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٧٤٠ وما بعدها .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٨٤٦ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٧١/١٢/١٦ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص ١٠٤٥ .

ويشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التي قبلت الحكمة تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ٣٢ (م ٥٣) .

إن الحكم بقبول بعض شواهد التزوير والأمر بتحقيقها دون البعض ، مؤداه إرجاء الفصل - إلى ما بعد إنتهاء التحقيق فى موضوع الإدعاء بالتزوير على أساس جميع الشواهد .

إن الحكم بالتزوير ، عدم لزوم تصديه لطريقة المحو فى الورقة وشخص مرتكب التزوير (١) .

إن القضاء بتزوير ورقة ، كفاية إثبات عدم صدورهما ممن أسندت إليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (٢) .

ويجرى التحقيق بالمضاماة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى المواد السابقة .

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك (م ٥٤) .

إن الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ٥٢ يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية (م ٥٥) (٣) .

وإذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى إدعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنية - ولا يحكم عليه بشئ إذا ثبت بعض ما إدعاه (م ٥٦) .

ويحكم بالغرامة فى كل حالة يرفض فيها الإدعاء بالتزوير ولو دون تحقيق ، على أنه لا يحكم بالغرامة إذا حكم بعدم قبول الإدعاء بسبب أنه

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٧٢ وما بعدها.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٦٧٢ وما بعدها.

(٣) إن الذى يوقف صلاحية الورقة للتنفيذ هو الحكم بإجراء التحقيق وليس مجرد التقرير بالإدعاء بالتزوير أو إعلان شواهد التزوير (التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أو الوفا - مجلد ٢ - ص ١١٢٦) .

غير منتج في النزاع ، أو في حالة النزول عن الإدعاء بالتزوير (١) .

ويكفي للقضاء بتزوير الورقة إثبات عدم صدورهما ممن أسندت إليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (٢) .

أما إذا ثبت بعض ما إدعاه المدعى من تزوير ، فلا يحكم عليه بأية غرامة ، ولا يعميه من الغرامة ثبوت ما يكون قد أبداه على سبيل الإحتياط من دفاع موضوعي (٣) .

ويثور التساؤل فيما لو كانت الغرامة تتعدد عند تعدد طلبات التزوير في قضية واحدة . كما لو تمسك خصم بتزوير إشهاد طلاق وثيقة زواج ، إذ كان الأول يشتمل على بيانات كاذبة واردة بذاتها في الثانية - ففي هذه الحالة متى قضى برفض الإدعاء بالتزوير ، فإن الغرامة لا تتعدد نظراً للإرتباط بين الوثقتين ، فإشهاد الطلاق إنما يريد البيانات الواردة في وثيقة الزواج ، ويكون الإدعاء بالتزوير منصّباً في الواقع على البيانات في وثيقة الزواج (٤) .

أما إذا تعدد المدعون بالتزوير ، فإن الغرامة لا تتعدد أيضاً إذا كان إدعائهم بالتزوير واحداً وحاصلاً بتقرير واحد ومنصبك على ورقة أو أوراق مرتبطة ببعضها .

متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى من أقوال الشهود التي إعتد عليها في قضائه إلى أن المطعون ضده لم يسلم الورقة التي وقع عليها على بياض بإختياره إلى الطاعن وإنما سلمها لموظف إدارة التجنيد ليحرر عليها طلباً بإعفائه من الخدمة العسكرية وإن الطاعن حصل عليها بطريقة ما

(١) نقض - جلسة ١٨/٤/١٩٦٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - ١١٣ - ص ٧٨٠ .

(٢) نقض - جلسة ٢٦/٤/١٩٦٨ - المرجع السابق - ١٩ - ١٠٤ - ص ٦٧٢ .

(٣) نقض - جلسة ٩/٩/١٩٦٨ - المرجع السابق - ١٩ - ١٢٧ - ص ٢٩٤ .

(٤) المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٨ - ١٩٦٥ - هامش ٣ - ص ٧٩٣ و ٧٩٤ . ومبادئ القضاء المدني - للدكتور فتحي والي - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٤٧ و هامش .

واثبتت فيها الإقرار المدعى بتزويره فإن الواقعة على هذه الصورة تعتبر تزويراً لا خيانة أمانة (١) .

إذا كان مدعى التزوير قد أسس إدعاءه على أن سند المديونية كان مصدراً على ورقة أثبت في الجزء الأسفل منها أنه سدد جزءاً من الدين ، وإن المدعى عليه بالتزوير قام بقطع هذا الجزء المثبت للتخالف فإن إدعاء مدعى التزوير على هذا النحو يعد طعناً بالتزوير على محرر واحد مثبت للمديونية والتخالف من جزء منها فلا تتحقق المحكمة في تحقيقه بقواعد الإثبات المنصوص عليها في الباب السادس من القانون المدني الخاص بإثبات الإلتزام والتخالف منه ، بل لها أن تحكم برد وبطلان المحرر أو جزء منه متى إستبان لها من ظروف الدعوى أنه مزور ومن ثم فلاعلى المحكمة إن قضت بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات التزوير الذي يقع بهذه الطريقة (٢) .

إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أصدرته بعد الإطلاع على أوراق الدعوى ، وكانت المحكمة غير ملزمة بإيراد بيان مفصل لهذه الأوراق فإن النعى عليها بعدم إطلاعها على المخرر المطعون عليه بالتزوير في الدعوى يكون على غير أساس (٣) .

للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الإدعاء في أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه - وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة . م ٥٥٧ .

من إدعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهى إجراءات الإدعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها هذه الإجراءات بنزوله عن التمسك بتلك

(١) نقض - جلسة ١٦/٦/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ١٧ ، ص ١٢٩٩ ، ونقض - جلسة ٢٢/١/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١ - ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٧/١/١٩٦٧ ، المرجع السابق . السنة ١٨ - ص ١٠١ .

(٣) نقض - جلسة ٢٣/٢/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٦٤ .

الورقة وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ، ولا يكون لهذا سوى أن يطلب من المحكمة ضبط الورقة أو حفظها متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك (١) .

ويجوز للمحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة - أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور - ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبين منها ذلك (م ٥٨) .

وإذا جاءت هذه المادة (٥٨ إثبات) خالية من أى قيد أو شرط ، فإن مؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هو تطبيقها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء حصل إدعاء بالتزوير أو لم يحصل ، سواء نجح هذا الإدعاء أو فشل ، ويجوز للمحكمة من باب أولى في حالة تشككها في صحة الورقة المتمسك بها أن تحيل الدعوى من تلقاء نفسها إلى التحقيق إستعمالاً لحقها في ذلك الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة (٢) .

لا يشترط لإستعمال المحكمة الرخصة المخولة لها في المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٥٨ من قانون الإثبات) أن يكون قد إدعى أمامها بتزوير الورقة التي قضت بتزويرها إذ أن نص هذه المادة صريح في تخويل المحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المرسومة لها - الحق في أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو ظروف الدعوى أنها مزورة (٣) .

طبقاً للمادة ٢٩٠ مرافعات (الملغاة) يجوز للمحكمة أن تحكم بتزوير الورقة المقدمة إليها ولو يدع أمامها بالتزوير ، فإن هي إستعملت حقها هذا

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٧٤٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٢٦٦ . ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٦٧٢ - وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ٦٧٢ .

فإنها لا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم (١) .

ويجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة - وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة (م ٥٩) (٢) .

وتقوم المصلحة فى دعوى التزوير الأصلية من مجرد الإستيثاق للحق (٣) .

تقدير قيمة دعوى التزوير الأصلية :

٣٢٥- إختلف النظر إلى رأيين :

رأى - يقول بأن تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية يكون بقيمة الدعوى الأصلية بصرف النظر عن قيمة السند المطعون بتزويره ، على اعتبار أن تلك الدعوى هى فرع والفرع يتبع الأصل .

رأى - يذهب إلى وجوب تقدير قيمتها كما يقدر أى طلب عارض على الدعوى الأصلية (٤) .

كما أن محكمة النقض أخذت بالنظرين ، فجاء حكمها الصادر بجلسة

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٣ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٦٧٨ . ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٣٠٠ . ونقض جلسة ١٩٧١/٣/٩ - السنة ٢٢ - ص ٢٦٦ .

(٢) تراجع أحكام النقض : نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٠٠٩ ، ونقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٢١ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٦٤٢ . ونقض - جلسة ١٩٤٢/١٢/٧ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ٢ - قاعدة ١٥ - ص ١٢٤٦ . ونقض - جلسة ١٩٤٣/٥/٢٠ - المرجع السابق - جزء ١ - قاعدة ١١٢ - ص ٤٢١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ - مجموعة المکتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٢ وما بعدها .

(٤) دعوى التزوير الفرعية - بحث - للدكتور أحمد أبو الوفا - المحاماة - السنة ٤٥ - العدد ٧٨٧ - ص ٦٧٨ .

١٩٥٦/٦/٢١ مؤيداً للرأى الأول بينما كان حكمها الصادر بجلسة
١٩٥٥/٦/١٦ مؤيداً للرأى الثانى .

ضم الأوراق المطعون عليها :

٣٢٦- إستقر قضاء النقض على أن الأوراق المطعون عليها بالتزوير لا
تعدو أن تكون من أوراق القضية ، فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها
إجراء من إجراءات الدعوى التى يلزم إثباتها فى محضر الجلسة أو فى أى
محضر آخر (١) .

عدم جواز إستئناف الحكم فى الإدعاء بالتزوير إستقلالاً :

٣٢٧- كما إستقر قضاء النقض على أن الحكم فى الإدعاء بالتزوير
برد وبطلان الورقة أو بصحتها لا تنتهى به الخصومة المرددة بين
الطرفين ، ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى
الموضوع ، إذ المقصود بالخصومة الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين
لا تلك التى تثار عرضاً فى خصوص دفع شكلى فى الدعوى أو مسألة
فرعية متعلقة بالإثبات فيها (٢) .

أصول قضائية حديثة فى الإدعاء بالتزوير :

١- لقاضى الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير ، ولا يلزمه القانون
بإجراء تحقيق متى إطمأن إلى عدم جدية الإدعاء بالتزوير ووجد فى وقائع
الدعوى وأوراقها ما يكفى لإقناعه بصحة الورقة المدعى بتزويرها (٣) .

٢- مؤذى نص المادة ٥٨ من قانون الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ -
ص ٢١٧ . ونقض - جلسة ١٩٦٤/١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ . ونقض -
جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - ص ٦٧٦ - ونقض - جلسة
١٩٦٠/١/٢٨ - السنة ١١ - ص ٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص ٢٩ .
ونقض - جلسة ١٩٦٩/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٥٦٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٣/٦/١٤ - الطعن ٥٦ لسنة ٥٢ ق (أحوال) .

النقض - أن لا يشترط لإستعمال المحكمة - الرخصة المخولة لها في هذه المادة أن يكون قد إدعى أمامها بتزوير الورقة التي قضيت بتزويرها إذ أن نصها صريح في تخويلها الحق في أن تحكم برد أية ورقة ويطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى إنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير وفق الإجراءات المرسومة لها (١) .

٣- قاعدة عدم جواز القضاء بصحة المحرر أو رده أو بسقوط الحق في إثبات صحته وفي الموضوع معاً - لا مجال لإعمالها متى قضى بعدم قبول الإدعاء بالتزوير لأنه غير منتج (٢) .

(١) نقض - جلسة - ١٩٨١/٥/١٢ - الطعن ٤١ لسنة ٤٩ ق (أحوال) .
(٢) نقض - جلسة ١٩٨٣/٥/١٧ - الطعن ٦٤ لسنة ٥٢ ق (أحوال) .

الباب الثانى

شهادة الشهود ، وشهادة الإستئناف

٣٢٨- تناولت اللائحة الشرعية أحكام الشهادة فى المواد من ١٧٢ حتى ١٩٢ ولكن هذه المواد قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء فيما بعد مادتين هما : ١٧٩ و ١٨١ .

اولاهما - خاصة بشهادة الإستكشاف .

وثانيهما - خاصة بالشهادة بالإيضاء أو الوصية .

وفيما خلا ذلك من أحكام الشهادة والشهود يمكن الرجوع فى شأنها إلى قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الواجب التطبيق والذي حل محل الأحكام الإجرائية التى كان ينص عليها قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والأحكام الموضوعية التى كان ينص عليها القانون المدنى .

ومن ثم فإننا سوف نتناول أحكام الشهادة فى فصلين : الأول منهما - وهو الخاص بشهادة الشهود (١) - نرجع فيه إلى قانون الإثبات ، والثانى منهما ، وهو الخاص بشهادة الإستكشاف - نرجع فيه إلى اللائحة الشرعية (٢) .

(١) يرجع فى شأنها إلى المراجع التالية : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد- للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - ص١٠٤٢ - وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - ص٦٢٨ وما بعدها ، ورسالة الإثبات - للأستاذ أحمد نشأت - طبعة ١٩٢٤ ص١٩٢ وما بعدها ، والوسيط - جزء ٢- للدكتور السنهاوى - ص٦٤١ وما بعدها ، ونظرية الإثبات فى الشهادة - للأستاذ حسين المؤمن - ص١٦ وما بعدها ، ومجموعات المكتب الفنى لأحكام النقض . ومجلة المحاماة ، والإثبات فى قضايا الأحوال الشخصية لا يحتاج إلى حكم بالإحالة إلى التحقيق - للقاضى محمد شعبان - دنيا القانون . ومبادئ القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص٤٧١ وما بعدها .

(٢) يرجع فى شأنها إلى المراجع التالية : مباحث المرافعات للدكتور أحمد البهى - ص٢١ وما بعدها . ونظرية الإثبات فى الفقه والأصول القضائية فى المرافعات-

هل يلزم صدور حكم بالإحالة إلى التحقيق فيما تجاوز فيه شهادة الإستكشاف ، وغيرها ؟

٣٢٩- بعد صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بتوحيد جهات القضاء إختلفت وجهات نظر المحاكم في شأن الإحالة إلى التحقيق في قضايا الأحوال الشخصية ، إلتزاماً بقانون المرافعات ومن بعده بقانون الإثبات .

فذهب رأى فيها إلى وجوب الإحالة إلى التحقيق ، لخلو اللائحة الشرعية من نصوص مقابلة لما يقضى به قانون المرافعات (ومن بعده قانون الإثبات) ، سواء في ذلك ما تعلق منها بالنفقات وما في حكمها ، أو ما تعلق بغير ذلك من المواد الشرعية .

بينما ذهب رأى آخر إلى إعمال نص المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية التي تقضى بسماع الدعوى وأدلتها ، وذلك في مواد النفقات وما في حكمها ، وذلك إلتزاماً بسرعة الفصل في هذه القضايا .

بينما ذهب رأى ثالث إلى القول بأن مفاد نص المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية شموله لحالات ثلاث : الأولى - أن تكون الأدلة أوراقاً ، والثانية - أن تكون الأدلة شهوداً ، والثالثة - أن تكون الأدلة أوراقاً وشهوداً . ففي الحالة الأولى يجب أن تسمع المحكمة الأدلة ، وأن تصدر الحكم في غيبة المدعى عليه ، بغير حاجة إلى إصدار حكم بالإحالة إلى التحقيق . وفي الحالتين الأخيرتين يجب إصدار حكم بالإحالة على التحقيق ، يعلن منطوقه للغائب من المدعى عليهم وجوباً .

=الشرعية - للمقاضى على قراعة - والدعوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإيباني ص ٩٧ . وما بعدها . والفقه الجنائي الإسلامي - للأستاذ أحمد فتحي بهنسي - ص ١٢ وما بعدها . وشرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٣٤٨ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات - للأستاذين عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز ، ص ٨١ وما بعدها ورأى في الشهادة ، للأستاذ محمد البربرى المحامى - المحاماة الشرعية - السنة ٨ - العدد ٦ و ٧ - ص ٢ وما بعدها ، والشهادة في دعوى الطاعة شهادة إستكشاف للأستاذ عمر محمد التونى المحامى - المرجع السابق - ٣٦١ وطرق الإثبات . للأستاذ أحمد عبد الوهاب المحامى - المرجع السابق - ص ٣٦٥ وشهادة النفى للشيخ أحمد إبراهيم - المرجع السابق - ص ١٠٧

والرأى الأول هو الراجع والذي عليه العمل .

وشهادة الإستكشاف كافية فى فرض النفقة بأنواعها - على أنه قد تفرض النفقة بدون شهود أصلاً ، إكتفاءً بوثيقة الزواج التى لم تكن دالة إلا على مجرد الزوجية (١) .

وبما أن إكتفاء المحكمة الجزئية فى إثبات المسكن بشهادة الإستكشاف هو الذى درجت عليه المحاكم ، لفظ المادة يحتمله ، فلا يكون تحليف الشاهدين مبطلاً لشهادتهم (٢) .

(١) أبو قرقاص الشرعية - جلسة ١٩٢٩/١٢/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - ص ٤٣٥ .
(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٣١/١٠/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٥ - ص ٨٩٦ .

الفصل الأول

شهادة الشهود

تعريف الشهادة :

٣٣٠- لم تعرف اللائحة الشرعية ولا قانون المرافعات الملغى ولا القانون المدنى ، ولا قانون الإثبات شهادة الشهود ، وإقتصرت نصوص تلك القوانين على تناول أحكام الشهادة .

ولكن المؤلفين الشرعيين فى المرافعات الشرعية نقلوا عن الأصول الشرعية تعريفات ، قلها فى اللغة معنى ، وفى إصطلاح الفقهاء معنى آخر .
فهى فى اللغة إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان لأنها مشتقة من المشاهدة وهى تنبئ عن المعاينة .

وهى فى الإصطلاح إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره .
والمخبر يسمى شاهداً ، والمخبر له يسمى مشهوداً له ، والمخبر عنه يسمى مشهوداً عليه ، والحق يسمى مشهوداً به .

شروط الشهادة :

٣٣١- وقد تضمنت كتب الفقه الإسلامى - فى الشهادة - شروطاً متعددة ، منها ما تعلق بتحمل الشاهد للشهادة ، ومنها ما تعلق بصحة أدائه ، ومنها ما تعلق بالشهادة ذاتها ، ومنها ما تعلق بالمشهود به (١) .

وأجاز الحنفية الشهادة بالتسامع فى مواضع منها النسب . وإختلفوا فى تفسيره وتحمل الشهادة به ، فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتمسور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به

(١) يراجع فى تفصيل شرح تلك الشروط : مباحث المرافعات - للإباني - ص ١٠١ وما بعدها ، والأصول القضائية - لقراة ، ص ١٥١ وما بعدها . وشرح اللائحة ، لقمحة والسيد ، ص ٣٦١ وما بعدها . ومن طرق الإثبات ، للبهى ، ص ٢٢ وما بعدها . ونظرية الإثبات ، للبهنسى ، ص ٢٠ وما بعدها .

الأخبار ، وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان أو رجل أو إمرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر . وعن الصحابين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وإمرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة ، والفتوى على قولهما ، وإشترطوا فى الأخبار - هنا وعن العدلين - أن يكون بلفظ «أشهد» وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة والمتون قاطبة - والنقول المعتمدة - أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع ، ومن الفقهاء من إستثنى الوقف والموت فتقبل ولو فسر للقاضى أنه أخبره به ، لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع ، فكان الإفصاح كالسكوت . وإختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع فلو شهدوا وفسروا وقالوا شهدنا بذلك لأننا سمعنا من الناس لا تقبل . ولو قال سمعنا من قوم لا يتصور إجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل ، ولو قالوا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال إنه من التسامع ومنهم من قال إنه ليس منه وجعله الراجع ، والظاهر أنه ليس أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينها وجب أن يقضى بشهادته وإن فسر وإلا كان فى المقام ما يشبه التناقض ، إذ كل ما فى الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ، ولا يحملون القاضى ذلك .

إن الطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وإمرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وأنهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضى أن يشهد بناء على سمع من الناس - وإذا كان ذلك فإن تعقيب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت فى أقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون فى غير محله إذ هى أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد ، وكذلك تعيب : «أن أحداً منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب إثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت

فيه شروط التواتر إذ هي أمور تتصل بأداء الشهادة وحكاية ما تحمله الشاهد منها والشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الإفصاح يصححها السكوت وإن يكن سكوتاً كالإفصاح .

إن الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ ولم يعاينه بالعين أو بالسمع - بنفسه ، وإستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنصب ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع مع الناس وإن لم يعاينها بنفسه وهي ضرورة بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هي إستحسان مردده والوجه فيها أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على إنقضاء القرون وأنها يقتزن بها في العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة في كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً . وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر وإستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء ، أو يخبره به - وبدون إستشهاد - رجلان عدلان أو رجل وإمرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به ، وهي مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظناً قوياً يقترب من القطع كشهادة الإستفاضة ومنها ما يفيد ظناً دون شهادة الإستفاضة بأن يقولوا سماعاً فاشياً أو لم نزل نسمع من الثقات ، والفقهاء قد أوجبوا على الشاهد أن لا «يفسر» للقاضي إنما أرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضي هذا العبء .

الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه ، فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه عيناً أو سماعاً في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطبيق للضرر (١) .

(١) نقض - جلسة ١٠/٣/١٩٩٧ - الطعن ٥٤٧ لسنة ٦٥ ق (أحوال) المحيط --

إن الشهادة بالتسامع فى فقه الشريعة الإسلامية لا هى شهادة برأى ولا هى شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية ، وإنما هى شهادة أصيلة ومتميزة بضوابطها ودواعيها ، لها قوتها فى الإثبات ، ويحمل الشاهد فيها عبء ما شهد به وهى بذلك لا تدخل من باب شهادة السماع ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة فى فقه القانون الفرنسى ولا تجرى مجراها بالتالى مما تستقل له محكمة الموضوع بما لا رقابة لحكمة النقض عليها فيه ما لم تخرج بها إلى ما لا تؤدى إليه (١) .

أولاً : فبالنسبة لتحمل الشاهد للشهادة فإنه يشترط لذلك :

١- أن يكون الشاهد كامل العقل (حتى ولو كان صبيّاً وقت وقوع الواقعة التى سيشهد عليها) .

٢- أن يكون بصيراً ، فلا تصح شهادة الأعمى .

٣- أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به أو دليله بنفسه ، فى غير الأشياء التى تصح الشهادة فيها بالتسامع - وقد إشتراط ذلك لقوله ﷺ :

« إذا علمت مثل الشمس فأشهد وإلا فدع » .

ثانياً : وبالنسبة لصحة أداء الشاهد للشهادة فإنه يشترط لذلك :

١- أن يكون الشاهد عاقلاً وقت أداء الشهادة .

٢- أن يكون بالغاً وقت أدائها (حتى ولو كان غير بالغ وقت رؤية الواقعة التى سيشهد عليها) ، لأن الشهادة فى معنى الولاية على المشهود عليه .

٣- أن يكون مبصراً ، فلا تقبل شهادة الأعمى ولو كان بصيراً وقت التحمل عند أبى حنيفة ومحمد ، أما أبو يوسف فتصح عنده شهادة الأعمى متى كان مبصراً وقت التحمل .

=المستشار حسن منصور - المرجع السابق - ص٤٤٧ وأنظر - ص٤٥٧ منه .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٤ - الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٢ القضائية - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - العدد ١ - ص٥٤ وما بعدها .

- ٤- أن يكون ناطقاً ، فلا تصح شهادة الأخرس
- ٥- أن لا يكون محدوداً في قذف
- ٦- ألا يكون متهماً في شهادة (١) أى بقصد الحصول على مغنم أو دفع مغرم (أخذاً من قول الرسول عليه الصلاة والسلام :
- « لا شهادة لجار المغنم ولا لدفع المغرم » .
- ٧- ألا يكون خصماً ، لقوله عليه الصلاة والسلام :
- « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين » .
- ٨- أن يكون عالماً بالمشهود به ذاكراً له وقت الأداء .
- ٩- أن يكون قادراً على التمييز بالسمع والبصر بين المدعى والمدعى عليه .
- ١٠- أن يكون مسلماً إذا كان المشهود عليه مسلماً ، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم .

(١) وينبئ على ذلك ألا تقبل :

- ١- شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله .
- ٢- شهادة أحد الزوجين للآخر .
- ٣- شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ، لأنه يكون شاهداً لنفسه في البعض .
- ٤- شهادة الأجير للمستأجر .
- وذلك لقوله تعالى عليه الصلاة والسلام : (لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لإمراته ولا العبد لسيده ولا الوالى لعبده ولا الأجير لمن إستأجره) .
- ٥- شهادة التلميذ الخاص بمعلمه .
- ٦- شهادة العدو على عدوه . لقوله ﷺ : (لا تجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الجثّة) .
- ٧- شهادة الصديق لصديقه ، إذا كانت الصداقة بينهما متناهية .
- ٨- شهادة الشخص على فعله . فلا تقبل شهادة الوكلاء على ما صدر من أفعالهم .
- ٩- لا تقبل شهادة الفاسق ومدمم الخمر والمقامر ومقترف الكبائر لعدم عدالتهم

المقرر في المذهب الحنفي أن شهادة سائر القربات بعضهم لبعض مقبولة عدا شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ، وعلى هذا فشهادة شقيقى المطعون ضدها مقبولة (١) .

ثالثاً : أما بالنسبة للشهادة فإنه يشترط فيها ما يلى :

١- أن تسيقها دعوى قائمة على حقوق العباد .

٢- تحقق نصاب الشهادة وفق القواعد الشرعية فى كل حالة (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٦/٣٠ - الطعن ٢٧١ لسنة ٦٣ ق (أحوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٧٤ .

(٢) فقد إتفق الفقهاء على قبول أربعة شهود لإثبات الزنا وإسقاط حد القذف . وعلى شاهدين فى الدماء والقصاص والحدود والنكاح والطلاق والرجعة . وعلى قبول رجلين أو رجل وإمرأتين فى الأموال وما يؤول إليها (من طرق الإثبات بين الشريعة والقانون . رسالة للدكتور أحمد عبد المنعم البهى . ص ٢١) وقد قضت محكمة النقض بأن التطلاق للغبية ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطلاق لأى من هذين السببين . وإنما يقوم هذا التطلاق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطلاق لعدم الإنفاق أو للغبية . فإنه يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه . ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون عليه .، تأسيساً على أن القول الوحيد على الراجع فى المذهب الحنفي فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق إن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وإمرأتان وبعدم كفاية شاهد واحد . فى غير محله (نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٨ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١١ - ص ٨١) . بينما قضت فى حكم لاحق بأنه إذا كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عن المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم توضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها فى إثبات وقوعه وكيف يكون مقبولاً شرعاً . فإن الحكم المطعون فيه قد طبق حكم الشريعة الإسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدنى فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون (نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٢٢) .، لنظر أيضاً فى التمويل على قضاء الحكم الجنائى المؤبد بالأوراق الرسمية والبيئة الشرعية للقضاء بالتطلاق للضرر (نقض - جلسة ١٩٦٣/٤/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٥١٤) . وفى الأخذ بهذا -

٣- أن يتوافر اتفاق الشهادات فى حالات تعدد الشهود ، بحيث إذا حصل خلاف بينهم فلا تقبل .

٤- أن تنصّب الشهادة على طلبات المدعى ، فإن خالفها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى بين دعواه وبين الشهادة فى الحالات الممكنة .

رابعاً - أما بالنسبة للمشهود به فإنه يشترط أن يكون معلوماً.

فرق المشرع فى الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء النقض - بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشخصية ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى . فقد أبقاها المشرع على حالتها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

ومن شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى ، أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به ذاكراً له وقت الأداء ، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد ، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به ، ولا يكون كذلك إلا إذا وضع الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ، ونفس الحق المشهود به ، وعلى هذا إذا شهد الشهود على حاضر يعين حاضره ، وجب عليهم لأجل صحة شهادتهم أن يشيروا لثلاثة أشياء ، المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة ، لأن الغرض التعريف ، والإشارة أقوى سبل التعريف ، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد إسم المدعى أو للمدعى عليه ولا نسبهما ، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شئ آخر ، فإن شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به ، ويبين من ذلك أنه يجب أن يكون الشاهد عالماً بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق ، أما إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار أو فقر فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها - ولقاضى الدعوى سلطة الترجيح بين البيّنات

- بالتسامع فى دعوى النسب (نقض - جلسة ١٤/١/١٩٦٧ - المرجع السابق .
السنّة ١٨ . ص ٦١٤) .

واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها ، وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية رجحت أقوال شاهدي النفي على أقوال شاهدي الإثبات ، فإن النعى يكون على غير أساس (١) .

أنواع الشهادة في الشريعة الإسلامية :

٣٣٢- عدد فقهاء الشريعة الإسلامية أنواع الشهادة ، وهي تنحصر فيما يلي :

(١) الشهادة الأصلية ، وهي تلك التي بموجبها يشهد الشاهد بما عاينه بالعين أو بالسمع بنفسه .

(٢) شهادة التسماع (٢) ، وهي التي تقوم فيها الشهرة مقام المعاينة .

(٣) شهادة التواتر ، وهي خبر جماعهم يقع العلم بخبرهم ، ولا يتصور إتفاقهم على الكذب ، والتواتر حجة في النفي والإثبات لأنه يفيد القطع واليقين على حين أن البيانات ظنية يدخلها الشك .

(٤) شهادة الاستكشاف - وسوف نعود إلى بحثها في الفصل التالي .

أحكام الشهادة في قانون الإثبات :

٣٣٣- تقضى المادة ٦٠ من قانون الإثبات بعدم جواز شهادة الشهود (٣) لإثبات وجود أو إنقضاء التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، ويقدر الإلتزام بإعتبار قيمته وقت صدور التصرف ، ولا يدخل في تقدير القيمة ضم الفوائد وملحقات إلى الأصل .

(١) نقض - جلسة ١٢/١٢/١٩٧٢ م . م . ف - ٢٢ - ٢ - ١٢٧٧ ونقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢ - المرجع السابق - ص ١٤ - ٣٢ .

(٢) وقضى بأن الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية ، وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الدعوى (نقض - جلسة ٢٠/٤/١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ٢ - ص ٧٢٥) .

(٣) أخذ قانون الإثبات بتعبير الإثبات بشهادة الشهود دون تعبير (بالبينة) ، لأنه كما تقول المذكرة الإيضاحية ، اتفق في الدلالة على المعنى المقصود .

وهذه المادة مستقاه من نص ٤٠١ (أ) مدنى (الملغاة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، وتقابل المادة ١٣٤١ من التقنين المدنى الفرنسى ، التى تصدرت بالعبرة الحاسمة التالية :

" Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de entes choses excédut la somme ou la valeur de cinq cents francs " .

وإذا إشتعلت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيتها ولو كانت هذه الطلبات تزيد فى مجموعها على القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة ، وتكون العبرة فى الوفاء الجزئى - بقيمة الإلتزام الأصلى .

ومن سياق النص يظهر عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام ، فيجوز للطرفين الإتفاق على وسيلة مخالفة لإثبات وجود التصرف أو إنقضائه . دون مراعاة لنصاب ما يمكن إثباته بشهادة الشهود .

وقد قضى حديثاً بأن رد المنقولات واقعة مادية مستقلة عن العقد يجوز إثباتها بالبينة (١) .

وبأن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة ، لا تتعلق بالنظام العام ، فإذا لم يحصل التمسك بها أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

وبأنه يجوز إتفاق الخصوم على مخالفة قاعدة عدم جواز الإثبات فيما يجب فيه الإثبات بالكتابة ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه ، وإن طلب الخصم تكليف الخصم الآخر إثبات ما يدعيه بشهادة

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٤٣٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ - جنائى - ص ١٢٨٤ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٢/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢٨٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٩ - المرجع السابق - ص ١٠٠٨ .

الشهود مما يقطع برضائه الإثبات بهذه الطريقة (١) .

ونصت المادة ٦١ من قانون الإثبات على حالات ثلاثة لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيتها :

١- فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابي .

٢- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

٣- إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيتها ، ثم عدل عن طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة .

إن الأصل أن التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية تفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته تاريخ آخر ، ويتقيد فى إثبات ذلك بالقواعد العامة ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات ما يخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة (٢) .

إنه وإن جاز لغير المتعاقدين صورية العقد بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البيئة حتى ولو كانت قيمة محل التعاقد تزيد على ألف قرش (الفين الآن) فإنه فيما بين المتعاقدين لا يجوز إثبات الصورية إلا بالكتابة متى زادت قيمة الالتزام على ذلك للمبلغ (٣) .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

إن تقدير الورقة المراد إعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها

(١) نقض جلسة ١٥/١١/١٩٦٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ١٠٢١ .

(٢) نقض - جلسة ٢٤/٥/١٩٦٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦٧٧ .

(٣) نقض - جلسة ٢٧/٣/١٩٤٧ - مجموعة ٢ - ٢٥ عاماً - قاعدة ٨٢ - جزء ١ - ص ٣٦ . ونقض - جلسة ٥/٥/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٠٢٥ .

تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أم لا مما يستقل به قاضى الموضوع ، فلا رقابة لمحكمة النقض متى بنى الحكم المطعون فيه على أسباب سائغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة (١) .

وإن إغفال المحكمة - دفاع الخصم الذى تمسك بإعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، دون بيان أسباب إطراحها إياه ، قصور فى الحكم (٢) .

وتقدير ما إذا كانت الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة من مسائل الواقع (٣) التى يستقل بها قاضى الموضوع .

ولا يتطلب القانون فى مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال (٤) .

إن لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى كملته البينة (٥) .

كما يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي :

(أ) إذا وجد مانع هادئ أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابي .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه (٦٣م) .

وتقدير المانع الأدبي من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان مبنياً على أسباب سائغة (٦) .

وإن صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعاً أدبياً

يحول دون الحصول على سند كتابي ، بل المرجع فى ذلك إلى ظروف

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٧٤٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٠٢٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٢٨٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٠٩ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص ١١٧ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٤٥٥ . ونقض

جلسة ١٩٦١/١١/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٢٦٨ مجموعة ٢٥ عاماً

- الجزء ١ - قاعدة ١٤٥ - ص ٤٣ .

الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها (١) .
ويعتبر سبباً اجنبياً فقد السند نتيجة لإهمال محامى الدائن أو موظفى
مكتبة فى المحافظة عليه (٢) .

لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة .
على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على
سبيل الاستدلال (م٦٤) .

العبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي
يشهد بها .

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل
عما يكون قد وصل إلى عملهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر
بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إناعتها ، ومع ذلك فلهذه
السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب أحد الخصوم (م٦٥) .

لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق
مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء خدمته أو
زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك
الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على ألا يخل
ذلك بأحكام القوانين الخاصة (م٦٦) .

ولا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر بما أبلغه إليه أثناء
الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر
أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنة وقعت منه على الآخر
(م٦٧) .

(١) نقض - جلسة ١٩٥٥/٥/٥ - مجموعة القواعد القانونية - لمحمد عمر - جزء
٥ - ص ٦٤٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦١/٥/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ ، ص ٤٨٥ .

على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاهة فى الجلسة (٦٨م) .

إن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة لا تنصل بالنظام العام . ولذلك يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه (١) .

لا على المحكمة إذا هى لم تستجب إلى طلب الإحالة على التحقيق إذا ما إستبان لها أن إجابة الطلب غير منتجة وأن لديها من الإعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى حتى مع التسليم بصحة الواقعة المطلوب إثباتها (٢) .

إستقلال قاضى الموضوع فى تقدير أقوال الشهود طالما لم يخرج عن مدلولها (٣) وإسناد أقوال شاهد إلى آخر لا يؤدى لنقض الحكم طالما أن هناك أدلة أخرى تكفى لحمله (٤) .

تقدير أقوال الشهود مما تستقل به محكمة الموضوع ، ولا تلتزم بتصديق الشاهد فى كل أقواله أو الرد على من لم تأخذ بشهادته ، وترجيح شهادة على أخرى من إطلاقات محكمة الموضوع ، وهى غير ملزمة بإبداء أسباب إطمئنانها بمعنى لأقوال الشهود ، ولها أن تأخذ للشهادة تحتمل

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص ١٠٢١ .
ونقض -- جلسة ١٩٥٧/١١/١٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص ٤٩٤ .
ونقض جلسة ١٩٧١/١/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٨٤٧ . ونقض -
جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص ١٧٦ . ونقض - جلسة
١٩٣١/١٢/١٧ - مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ١٧٥ - ص ٤٨ . ونقض -
جلسة ١٩٢٦/٤/١٦ - المرجع السابق - قاعدة ١١٩ . ص ٤٨ . ونقض - جلسة
١٩٧٠/٦/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٠٧٩ . ونقض - جلسة
١٩٧٠/١٢/١٠ - المرجع السابق - ص ١٨٠٢ .

(٣) نقض جلسة ١٩٧١/١/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ -
ص ١١٨ . ونقض جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ - المرجع السابق - ص ٥١٦ . ونقض -
جلسة ١٩٧٥/٤/٢٧ . المرجع السابق . ص ٥٧٤ ونقض . جلسة ١٩٧١/١١/١٠ -
المرجع السابق - ص ٨٩٩

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - المرجع السابق - ص ٤٨٨

عبارتها دون معنى آخر ولو كان محتملاً^(١) .

تقدير أقوال الشهود مما يستقل به قاضي الموضوع ، وله أن يأخذ بمعنى للشهادة تحتمله عبارتها دون معنى آخر ولو كان محتملاً ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل لا يقبل أمام محكمة النقض^(٢) .

محكمة الموضوع تستقل بتقدير أقوال الشهود ، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائفاً ، وكانت لا تخرج بها إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها ، كما أنها غير ملزمة ببيان سبب ترجيحها شهادة شاهد على آخر^(٣) .

إن تقدير أقوال الشهود هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولها أن تأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وبأقوال واحد أو أكثر من الشهود دون غيرهم حسبما يطمئن إليه وجدانها من غير أن تكون ملزمة ببيان أسباب ترجيحها لما أخذت به وإطراحها لغيره ولا معقب عليها في ذلك^(٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - ص ١٦٠ .
ونقض - جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - المرجع السابق - ص ٢١٧ . ونقض - جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ - المرجع السابق - ص ٣٢٨ . ونقض - جلسة ١٩٧١/٣/٩ - المرجع السابق - ص ٥٠٦ .
ونقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ - المرجع السابق - ص ٧٧٢ . نقض ١٩٧١/١٢/٧ - المرجع السابق - ص ٩٨٤ . ونقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - المرجع السابق - ص ٤٨٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ مدني وأحوال - ص ٩٨٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ م . م . ف . - ٢٤ - ١ - ٤٦٢ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - المرجع السابق - ص ٣٤٢ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ - المرجع السابق - ص ٢١٥ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٦ - المرجع السابق - ص ١٤٤ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ - المرجع السابق - ص ٦٢ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ١٩٥٥ . ونقض - جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٢٢٠ . ونقض - جلسة ١٩٦٤/١٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٨ -

الإنز لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق (٦٩م) .

وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة (١) .

كما يكون لها فى جميع الأحوال ، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة (٧٠م) .

القواعد الإجرائية فى الإثبات بشهادة الشهود :

٣٣٤- قررت أحكام النقض القواعد الإجرائية التالية فى الإثبات بشهادة الشهود :

المدعى هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وتقديم الأدلة المؤيدة لها (٢) .
إجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم فى كل حالة ، وللمحكمة أن ترفض إجابته متى رأت أن لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد ، وكان فى أدلة الدعوى

م-٨٠٠ ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - م٢٢٢ .
ونقض - جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ - المرجع السابق . م٥٣١ ونقض . جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ . المرجع السابق . م٨٠٣ . ونقض . جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٥ . المرجع السابق . م١١٦١ .
ونقض جلسة ١٩٧١/١/٢٦ . المرجع السابق . السنة ٢٢ . م١١٨ . ونقض .
جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ . المرجع السابق . م١٦٠ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ .
المرجع السابق . م٢١٧ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - المرجع السابق .
م٢٢٨ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٩ . المرجع السابق م٢٢٦ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ . المرجع السابق - م٥٠٦ . ونقض الجلسة . المرجع السابق .
م٥١٦ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٧ . المرجع السابق . م٥٢٤ . ونقض .
جلسة ١٩٧١/١١/٢٥ . المرجع السابق . م١١٦١ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٣/٢١ - المرجع السابق . السنة ٢٢ . م٢٨٩ .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ - المرجع السابق - م١٢٦٣ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/١١/١٠ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٣ م٨٩١ . ونقض - جلسة ١٩٨٦/٦/٢٤ - الطعن ٧٩ لسنة ٥٥ (أحوال) .

ما يكفى لتكوين عقيدتها (١) .

لمحكمة الموضوع ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق بالشهود متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التى إستندت إليها ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى التحقيق المطلوب (٢) .

إن ورد عبارة (أقهمناه) بسؤال وجهته محكمة أول درجة إلى شاهدئى النفى لا تتم عن تلقين أو توجيه للشاهد من المحكمة بالشهادة لصالح أحد الخصوم ، ولكن يقصد بها إحاطة الشاهد بموضوع الشهادة حتى لا يخرج بها عن الوقائع موضوع التحقيق .

إنه وإن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلا أن هذا ليس أمراً حتمياً يترتب على مخالفتة البطالان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجئ سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع (٣) .

عدم إلتزام المحكمة بذكر جميع أقوال الشهود ، حسبها الإشارة إلى ما ورد بها بما ينبئ عن مراجعتها (٤) .

حق محكمة الموضوع فى إستدعاء من ترى لزوم سماع شهادته جوازئى لها متروك لمطلق تقديرها لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك (٥) . لا عبء إلا بالشهادة التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدنى وأحوال - ص ٥٢١ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/١١ - المرجع السابق - ص ٢٩٤ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٨ - ص ٢٢٥ ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٧ - المرجع السابق - ص ٢٩٨ .

(٢) قض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ - م . م . ف - ٢٢ - ١ - ٨٤٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٢ - م . م . ف - ٢٢ - ١٣٧٧ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/١/١١ - م . م . ف - ٢٤ - ١ - ٦٢ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٧١/١١/١٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٨٩١ .

اليمين ، ولا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة لأحد طرفي الخصومة .

إن تقدير الدليل والإطمئنان إلى أقوال الشهود هو من إطلاقات محكمة الموضوع ، عدم جواز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض (١) .

تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضي الموضوع ولا سلطان عليه في ذلك إلا أن يخرج بتلك الأقوال إلى ما يؤدي إليه مدلولها.

المدعى هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه ، أن تلك الدعوى كانت مضمونة للنفذ ، وتحت بصر الخصوم فيه كعنصر من عناصر الإثبات يتناضلون في دلالة (٢) .

لا تثريب على المحكمة في تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى إن هي أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات في الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (٣) .

يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً . ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه (٧١م) .

٣٣٤ مكرر - وجوب إعلان حكم التحقيق :

طلبت المدعية الحكم بنفقتها بأنواعها الثلاثة ويدل فرشها وغطائها على زوجها المدعى عليه من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ وأبره بالأداء إليها وإلزامه بالمصاريف والأتعاب .

حضر المدعى عليه فحجزت القضية للحكم ... وبجلسة ١٩٧٥/٢/٢

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٢ - مجموعة المكتب الفني .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٢٠٥

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ - م . م . ف - السنة ٢٢ - ١ - ص ٨٤٢

حكمت المحكمة حضورياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق فى غيبتها ...
ثم بجلسة ١٩٧٥/٢/٢٠ حكمت معتبراً حضورياً بالطلبات .. (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان يجب إعلان منطوق الأحكام الصادرة
بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها وإلا كان
العمل باطلاً ، وكان الثابت أن الحكم بالتحقيق صدر بجلسة ١٩٧٥/٢/٢
محجوزة إليها للحكم ، ونفذ الحكم دون إعلان منطوقه للمدعى عليه ثم
صدر الحكم فى الموضوع ، وإذا كان ذلك ، فإن الحكم إذ أغفل عن هذا الإجراء
يكون مشوباً بالبطلان . (مق الإثبات) .

ويكون التحقيق أمام المحكمة ، ويجوز لها - عند الإقتضاء - أن تندب
قضاها لإجرائه . (٧٢م) .

ويستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفى فى
الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها
شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع .

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن
يكون حاضراً من الشهود فى تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى
صرحة من الحضور (٧٢م) .

وإذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المصدد للتحقيق مد الميعاد حكمت
المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر
الجلسة . وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على
طلب شفىوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه
السرعة ، ولا يجوز الطعن بأن طريق على قرار المحكمة .

الحق المخلول للمحكمة فى المادة ٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة
١٩٦٨ بأن تستدعى للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته كلما أمرت
بالإثبات بشهادة الشهود ، هذا الحق جوازى متروك لمطلق رأيها وتقديرها

(١) - المنزلة - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٠ - القضية ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ - أموال نفس -
والقضية ٢١٠ سنة ١٩٧٣ - أموال نفس المنزلة - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ .

تقديرًا لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (١) .

لمحكمة الاستئناف إستخلاص ما تطمئن إليه من أقوال الشهود ولو كان مخالفًا لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى ، وليس بلازم عليها أن تبين أسباب ذلك (٢) .

لمحكمة الاستئناف أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهبًا مخالفًا لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها فى هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك ، وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله ، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما إطمأنت إليه ولو كان مخالفًا لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعته (٣) .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة (٧٤م) .

ولا يجوز بعد إنقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم (٧٥م) .

وإذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور فى الجلسة المحددة ، قررت المحكمة أو القاضى المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه بالحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض ، فإننا لم يفعل سقط الحق فى الإستشهاد به .

ولا يخل هذا بأى إجراء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير (٧٦م) .

(١) نقض - جلسة ١٠/١١/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢مدنى وأحوال - ص٨٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٧/١٠/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٣ - مدنى وأحوال - ص٩١٧ - ونقض - جلسة ٢٢/٤/١٩٧١ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص٥٠٤ .

(٣) نقض - جلسة ٢٢/٤/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ ص٥٤٠ . ونقض - جلسة ٢٠/٤/١٩٧١ - المرجع السابق - ص٥١٦ . ص٥٠٦ . ونقض - جلسة ٢٧/٤/١٩٧١ - المرجع السابق - ص٥٧٤ . ونقض - جلسة ١٧/٦/١٩٧١ - المرجع السابق - ص٧٧٢ .

إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم أو للمحكمة ، وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم بالحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز في أحوال الإستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد بالحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو من القاضى المنتدب (٧٧م) .

إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش ويثبت الحكم فى المحضر ، ولا يكون قابلاً للطعن . وفى أحوال الإستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمراً بإحضار الشاهد .

وفى غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى ، وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف ، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ، ويجوز للمحكمة أو القاضى إصدار أمر بإحضاره (٧٨م) .

ويجوز للمحكمة أو للقاضى المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً (٧٩م) .

وإذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات (٨٠م) .

وإذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضى المنتدب لسماع أقواله ، فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكتاب (٨١م) .

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثه أو مرض أو لى سبب آخر (٨٢م) .

من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده
بالكتابة أو بالإشارة (م ٨٣)

ويؤدي كل شهادة على إنفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم
تسمع شهادتهم (م ٨٤) .

وعلى الشاهد أن يذكر إسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين
قرباته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهرًا لأحد الخصوم ويبين
كذلك إن كان يعمل عند أحدهم (م ٨٥) .

وعلى الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق ولا يقول إلا الحق ، وإلا
كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته
إن طلب ذلك (م ٨٦) .

ويكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب .

ويجب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذى إستشهد به ، ثم عن أسئلة
الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت
إداء الشهادة (م ٨٧) (١) .

وإذا إنتهى الخصم من إستجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة
جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضى (م ٨٨) .

ولرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه
من الأسئلة مفيداً فى كشف الحقيقة (م ٨٩) .

وتؤدى الشهادة شفاهاً ولا يجوز الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن
المحكمة أو القاضى المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى (م ٩٠) .

وتثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد
تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك
وسببه فى المحضر (م ٩١) .

(١) ليس من شأن القاضى أن يلفت نظر الشاهد لإستكمال شروط تحمل الشهادة .

نقض . جلسة ١٩٦٧/١/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ١٦٨٨ وما
بعدها

وتقدر مصروفات الشهود ، ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى إستدعاه (٩٢م) .

ويشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وإنتهائه مع بيان الجلسات التى إستغرقتها .

(ب) أسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(ج) أسماء الشهود والقابهم وصناعاتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما يبيده الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ، ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع رئيس الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب (٩٢م) .

وإذا لم يحصل التحقيق أمام الحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الإطلاع على محضر التحقيق (٩٤م) .

ويمجرد إنتهاء التحقيق أو إنقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب (٩٥م) .

ويجوز لمن يخشى فوات فرصة الإستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ، ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد .

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضى الأمور المستعجلة وتكون

مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود (م ٩٦) .

ولا يجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الإعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته (م ٩٧) .

وتتبع فى التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه فى المواد ٦٩ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٩٤ (م ٩٧) .

هذه الأحكام المتقدمة من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى

شرح (١) :

وقد يجوز الفقهاء الشرعيون الشهادة على الدخول والزفاف والتعريس من غير معاينة من الشاهد ، وأجازوا له أن يشهد بما لم يعاينه فى أمور منها الدخول والنكاح ، بل أجازوا الشهادة على الشهادة فى هذا المضمار (٢) .

إن المنصوص عليه شرعاً أن حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها ، جاء فى (معين الحكام - طبعة ١٣٠٠ هـ الحكومية - ص ٧٢) ما نصه : « حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها . كأن يحلف على صحة شهادته إذا أداها ، وذلك قاذح فيها ، لأن اليمين دليل التعصب وشدة الحرص على نفوذها . إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام ، فإنهم

(١) وقضى بأن من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية إنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى ، فإن خالفها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق ، إلا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلاً يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شئ زائد على موضوع الدعوى (نقض - جلسة ١١/٢/١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - العدد ١ - مدنى وأحوال - ص ٢٩٠) .

(٢) المنيا الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٤/٦/١٩٥٢ - الحاماة الشرعية - السنة ٢٤ ، العدد ١ و ٢ - ص ٩٠ .

يتسامحون في ذلك ، فينبقى أن يعذروا ما لم تقم قرينة على التعصب» (١).

واختلفت وجهات نظر المحاكم الشرعية في إجازة الأخذ بشهادة الأخ والخال في إثبات الضرر في دعوى التطلق .

فذهب رأى فيها إلى جواز شهادتهما .

بينما ذهب رأى آخر إلى إعتبار شهادتهما غير جائزة .

ونؤيد الرأى الأول ، لأنهما ليسا من المهتمين في شهادتهما (٢).

أصول شرعية في الشهادة والإشهاد في الوراثة:

١- في مادة إثبات وراثة

إكتفت المحكمة بذكر أن شهادة الشاهد الثانى تطابق شهادة الشاهد الأول ودون أن تثبت شهادة الثانى بمحضر التحقيق (٣).

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كان المقرر في القانون (المادة ٣٥٩ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمواد ٧٨ و٩١ و٩٣ من قانون الإثبات

(١) المنصورة الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٣ و ٤ - ص ١٨٣ .

(٢) دمياط الشرعية - جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ - القضية ٤٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلى ، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، للقاضى الشيخ على قراعة - طبعة ١٩٢٥ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٤٥ و ٢٤٩ و ٣٥٤ و ٣٥٠ و ٣٢٨ و ٢٤٨ و ٢٤٦ وراثات بندر الزقازيق و ٢٥٤ و ٢٤٩ و ٢٣٧ و ٢٣٥ و ٢٣١ و ٢٢٥ و ٢٠٧ و ٦٩٨ و ١٨٩ و ١٩٧ وراثات مركز الزقازيق و ٢٩٨ و ٣٠٦ و ٢٧١ و ٢٤٠ و ٢٢٠ و ٣٠٧ و ١٧٢ و ٢٣٤ و ٣٠٤ و ٢٦٢ سنة ١٩٧٥ وراثات بلبيس ، ٢٣٦ سنة ١٩٧٥ وراثات مركز شبين الكوم و ٢٢٢ و ٣٠٢ و ٣٠٦ و ٣٠١ و ٢٩٨ و ٢٩٥ و ٢٩٢ و ١٥٥ و ١٨٤ و ٢٤٧ و ٣١٥ و ٢٢٢ و ٢٣٢ و ٢٣٠ و ٣١١ سنة ١٩٧٥ وراثات مركز شبين الكوم و ٧٩ سنة ١٩٧٤ وراثات أبو قرقاص و ٨٣ و ٨٤ و ٧٢ و ٦٨ و ٦٧ و ٥٧ و ٥٢ و ٢٤ و ٢٠ و ٩٢ و ٨٢ و ٦٩ و ٤٩ سنة ١٩٧٤ وراثات أبو قرقاص ، ٩٠٦ سنة ١٩٧٤ وراثات الزيتون والمواد ٨٦٠ و ٨٦٢ و ٨٥٤ و ٨٢٤ و ٨٩٤ و ٨٨٤ و ٧٦٤ و ٨٨١ و ٩١٤ و ٩٠٢ و ٧٣٥ سنة ١٩٧٤ وراثات الزيتون والمواد ٢٨٦ و ٢٨٩ و ٢٩٠ و ٣٥١ و ٣٥١ و ٣٥٧ و سنة ١٩٧٤ وراثات الخليفة .

رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، أن يكون أداء كل شاهد لشهادته بغير حضو باقى الشهود ، وأن تثبت إجابات الشهود فى المحضر ، ثم تتلى على الشاهد أقواله ويوقعها وأن يذكر بالمحضر ما أبداه الشهود وما يفيد تحليلهم اليمين - وإذا لم يلتزم القرار هذه القواعد ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون وإجراءاته .

٢- ثبت بالإشهاد وفاة المورثة وإنحصار إرثها فى والدتها وإستحقاقها ثلث تركتها فرضاً وفى أخويها الشقيقين ولهما باقى التركة تعصيباً بالسوية بينهما (١) .

ويؤخذ على هذا القرار خطوة فى تطبيق القانون ، إذ جعل سهم الأم فى التركة الثلث فرضاً ، حال وجود جمع من الإخوة ، وهو ما يحجبها حجب نقصان من الثلث إلى السدس عملاً بنص المادة ١٤ من قانون المواريث .

(١) المادة ١٦٣ سنة ١٩٧٤ وراثت قنا

الفصل الثانى

شهادة الإستكشاف

قواعد عامة :

٣٣٥- بقيت فى اللائحة الشرعية - وفى صدد الشهادة - مادتان بعيداً عن دائرة الإلغاء الذى أجراه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وهاتان المادتان هما : ١٧٩ الخاصة بشهادة الإستكشاف ، ١٨١ الخاصة بشهادة الإيصاء أو الوصية .

ومما تجدر الإشارة إليه أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعى ، ومنها ما هو إجرائى .

فبالنسبة للمسائل المدنية التجارية فقد كان القانون المدنى ينظم قواعدها الموضوعية ، وكان قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ينظم القواعد الإجرائية وجاءت أحكام قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ منظمة للنوعين معاً .

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية والوقف فإنه يتبع فى قواعد الإثبات الموضوعية أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ويتبع بالنسبة للقواعد الإجرائية قانون الإثبات الذى حل محل قانون المرافعات فى شأنها عملاً بالمادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة الأولى من إصدار القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات .

وإن الشهادة على ست مراتب (١) .

الأول - شهادة أربعة رجال ، وذلك فى أشياء منها الرؤية فى الزنا ، بإجماع .

الثانية - شهادة رجلين ، وذلك فى جميع الأمور عدا الزنا .

(١) القاهرة الابتدائية - دائرة الأحوال الشخصية - جلسة ٢٣/٢/١٩٥٨ - القضية رقم ١٠٨ سنة ١٩٥٨ - المحاماة - السنة ٢٨ - العدد ١٠ ص ١٢٨٤ وما بعدها .

الثالثة - شهادة رجل وامرأتان وذلك فى الأموال الخاصة دور حقوق الأبدان والنكاح والعنق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله وإختلف فى الوكالة على المال وأجازها أبو حنيفة فى النكاح والطلاق والعنق وأجازها الظاهرية مطلقاً

الرابعة - شهادة إمرأتين دون رجل ، وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والإستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء ، وقيل يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا عند الجيران وينتشر ، وقال الشافعى لا بد من أربع نسوة وأجاز أبو حنيفة شهادة إمرأة واحدة .

الخامسة - رجل مع يمين ، وذلك فى الأموال الخاصة .

السادسة - إمرأتان مع يمين ، وذلك فى الأموال أيضاً .

كما أن المقرر شرعاً أن شهادة الشاهد قد ترد لغسق أو لعداوة أو لصغر أو لرق أو لكفر ، فإذا ردت شهادة واحد من هؤلاء ثم زال المانع بأن ثاب الفاسق وزالت العداوة وكبر الصغير وعق الرقيق وأسلم الكافر ، فله أن يشهد بعد زوال المانع بالحق الذى شهد به أولاً . أما إذا ردت شهادة الشاهد بسبب من غير هذه الأسباب فالصحيح من المذهب أن الشهادة إذا ردت لسبب فى الشاهد نفسه كالصغر والرق والكفر والعمى ثم زال المانع كما تقدم وأراد أن يشهد ثانياً لم تقبل منه الشهادة إلا فى المواضع المشار إليها سابقاً (١) .

وقد قال ابن القيم (٢) إنه لا يشترط فى صحة الشهادة ذكر لفظ (أشهد) بل متى قال الشاهد : رأيت كيت . وكيت أو سمعت أو نحو ذلك كانت شهادة منه ، وليس فى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على إشتراط لفظ شهادة ولا عن رجل واحد من الصحابة ولا قياس ولا إستنباط يقتضيه ، بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة . وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفى ذلك

(١) بلباس الشرعية - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٨ القضية ٢٤٢ سنة ١٩٤٥ شرعى

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ص ١٨٢

وتضمن منشور الحقانية (١) أن الوزارة لاحظت أن كثيراً من المحاكم تقرر قصور الشهادة ، مع أنها لو ناقشت الشاهد في الوقائع التي دعى للشهادة عليها واستعملت الأناة في الإستفهام والإستعلام لا تنفى القصور عن الشهادة وظهر الحق وتيسر إنصاف صاحب الدعوى وعدم تأذى الشهود من عدم قبول شهادتهم وعدّها قاصرة ، وما السبب في ذلك في الحقيقة إلا عدم مناقشة القاضى إياهم في الوقائع بالدعوى ، كما أن التفتالى (٢) أدى بالبعض إلى توجيه أسئلة للشهود عن جزئيات قلما يتفق في الإجابة عليها إثنان في مجلس واحد ، كنوع الملابس والوانها والوان الطعام كذلك وعدد الأبواب الموجودة بالمكان الذى فيه الشاهد وغير ذلك مما هو زائد عما يكلف الشاهد الإحاطة به أو هو فوق المستطاع .

شهادة الإستكشاف :

٣٣٦- تنص المادة ١٧٩ من اللائحة الشرعية على أنه :

« تكفى شهادة الإستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر » .

وشهادة الإستكشاف هي شهادة الإخبار الواقعة لمجرد الإستعلام وإستطلاع الرأى كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكى .

ولما كان إبداء الرأى في حد ذاته لا يعد شهادة تقرر عدم إشتراط لفظ (أشهد) في مثل هذه الحالة إكتفاء بمجرد الإخبار ممن تتوافر فيه الثقة .

ويكتفى بهذا الإستكشاف في القضاء بالنفقات على إختلاف أنواعها ، أى سواء أكانت للزوجة أو الأقارب ، وفي أجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر .

وقد يضطر القاضى إلى الإلتجاء إلى هذه الطريقة للإستعانة بها على

(١) منشور الحقانية رقم ٥ بتاريخ ١٧/١/١٩١٦ .

(٢) منشور الحقانية رقم ٥ بتاريخ ١٦/١/١٩٢١ ، وشرح اللائحة الشرعية للأستاذان أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٣٦١ .

ما يمكنه من إحكام التدبير في مواد النفقات وما يلحق بها إذا هي أقرب الوسائل للإهتمام إلى الصواب في هذه الظروف ، ولا يشترط فيها ما يشترط في الشهادة المباشرة أو السماعية ، بل يكفي أن يطمئن القاضي إليها ، أو لا يطمئن إليها فيطرحها (١) .

ولما كانت شهادة الاستكشاف - في إطار ما تقدم من المبادئ - هي مجرد إبداء الرأي ، ومن ثم كانت لا تعد شهادة في حد ذاتها : فإنه لذلك من غير اللازم أن يقول الشاهد (أشهد) ولا أن يحلف يميناً .

كما أنه ليس ما يمنع في شهادة الاستكشاف إحالة دعاوى النفقات وأجور الحضانة والرضاع والممكن والشروط التي يتوقف عليها شيء مما ذكر إلى التحقيق وتمكين المدعى عليه من النفي بشهادة الشهود أخذاً بالبداهة العام والأساسي الذي تقرره المادة ٦٩ من قانون الإثبات والواجب الأخذ به دائماً ، والقائل بأنه ليس عدلاً أن يمكن خصم من إثبات مدعاة بشهادة الشهود ، ولا يكون في مكتة الخصم الآخر أن تبقى هذا الإدعاء بذات الطرق .

وفيما خلا ما تقدم من أحكام شهادة الاستكشاف فإنه تسرى في شأنها قواعد الشهادة وإجراءات سماع الشهود وتقدير وترجيح شهادة شاهد على آخر القواعد المبينة في الفصل السابق فيما لا يتعارض مع أحكام المادة ١٧٩ من اللائحة الشرعية .

الشهادة بالإيصاء أو الوصية :

٣١٣٧- تنص المادة ١٨١ من اللائحة الشرعية على أنه :

« تكفي الشهادة بالإيصاء أو الوصية وإن لم يصرح بإصرار الموصى إلى الوفاة » .

وقد يبدو أن ثمة تعارض بين هذه المادة ٩٨ من اللائحة الشرعية - والمعمول به الآن - والواردة في الفصل الثالث (في سماع الدعوى) من

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمعة وعبد الفتاح السيد - ص ٣٦٤ .

الباب الثانى منها - ومما يحمل على هذا الاعتقاد أن دعوى الوصية أو الإيضاء (١) فى حكم المادة ٩٨ من اللائحة الشرعية - لا تسمع إلا بالأدلة الكتابية المبينة هناك .. إلخ . على حين أن مقتضى المادة ١٨١ من اللائحة المذكورة أن الشهادة مقبولة .

فهل هناك تعارض حقيقى بين المادتين ؟

الواقع أن المناقشة التى دارت حول المادة المقابلة من اللائحة الشرعية الملفاة بمجلس شورى القوانين تفيد أن تلك المادة لم توضع إلا لغرض خاص وهو ما إذا دعت الحاجة إلى تقوية الدليل الكتابى بشهادة الشهود فإنها تكون مقبولة ولو لم يصرح الشاهد بأن الموصى مات وهو مصر ، وفى هذا من الحذق فى وضع الأحكام ما لا يخفى ، لأن هذا النص أريد به الخروج عما كان متبعاً من قبل ، وهو تكليف مدعى الوصية إثبات أن الموصى بقى مصر إلى أن مات ، إما والنص كما تقدم ، فقد أصبح عدم الإصرار هو العارض ، فعلى من يدعيه إقامة الدليل عليه (٢) ، وعلى هذا يمكن القول بإنتفاء التعارض الظاهرى بين المادتين (٣) .

وشهادة الإستكشاف كافية فى فرض النفقة بأنواعها ، على أنه قد تفرض النفقة بدون شهود أصلاً إكتفاءً بوثيقة الزواج التى لم تكن دالة إلا على مجرد الزوجية (٤) درجت المحاكم الجزئية فى إثبات المسكن بشهادة الإستكشاف ، لأن لفظ المادة يحتمل ذلك ، فلا يكون ترك تحليف الشاهدين مبطلاً لشهادتهما (٥) .

(١) الوصية تصرف إلى ما بعد الموت - والإيضاء هو إقامة إنسان غيره مقام نفسه ليتصرف فى تركته بعد وفاته (العليا الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٩/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - ص ٨٤٦ .

(٢) معاضر مجلس شورى القوانين سنة ١٠٩ - ١٩١٠ - ص ٥٢٦ .

(٣) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٢٦٢ .

(٤) أبو قرقاص الشرعية - جلسة ١٩٢٩/١٢/١٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - ص ٤٢٥ وما بعدها

(٥) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٣١/١٢/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - ص ٨٩٦ وما بعدها

المنشور رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ - سنة ١٩٣٠ بشأن شهادة

الزور:

٣٣٨ - أصدرت الحقانية في ١/١٠/١٩٣٠ المنشور رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ / سنة ١٩٣٠ متضمناً أن الوزارة لاحظت أنه رغمًا عن تعدد الشكاوى من كثرة شهود الزور أمام المحاكم الشرعية ، فإنه لم يتخذ ضدهم شيء من الإجراءات القانونية - ولما كانت المادة ١٩٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (القديمة) تنص على أن : للقاضي إذا ثبت لديه أن الشاهد شهد زوراً أن يحذر محضراً بذلك ويرسله إلى قلم النائب العمومي المختص ، ويكون هذا معتبراً أمام المحاكم الأهلية - لذلك فإن الوزارة تلفت النظر إلى العناية التامة بتعرف شهود الزور وتحرير المحاضر بتزويرهم ، وإرسالها لقلم النائب العمومي حتى يكون في ذلك ردع لهم وصيانة للحقوق من عبثهم (١) .

الأصول الشرعية في الشهادة :

من شروط تحمل معاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه لا بغيره فيما لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع ، والطلاق من بين ما لا تقبل فيه .

إن الشهادة في اصطلاح الفقهاء - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعوى ، ويشترط في الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلماً ، وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من الإلزام بالحكم ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم . وإذا كان الحكم المطعون فيه - على الأساس المتقدم - لم يقبل الإقرارات المنسوبة إلى السيدات التمسوايات ، لأنها صدرت في غير مجلس القضاء ومن مسيحيات على مسلم ، ذلك أن الفقه المعمول به لا يجيز شهادة غير المسلم على المسلم قصداً لأنها من باب الولاية على ما سلف والإقرارات المقدمة تتضمن شهادة مقصودة من غير

(١) هذا المنشور منشور بمجلة المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٢ - ص ١٩١

وانظر بحث : طرق الإثبات الشرعية للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم

مجلة الحقوق - السنة ١ - العدد ١ - ص ١ وما بعدها

المسلم ، ووجود المسلم فى غير دار الإسلام لا يعتبر ضرورة مسوقة لهذه الشهادة فقهاً ، كما أن الولاية مقطوعة باختلاف الدارين بين مقدمى الإقرارات - السيدات التمسائيات - وبين الزوجين - لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه ، إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة ، يكون قد إلتزم المنهج الشرعى السليم ولا يكون النعى عليه فى محله (١) .

دعوى نفقة ...

طلب المدعية الحكم على زوجها المدعى عليه بتنقيتها بأنواعها الأربعة من أول يوليو سنة ١٩٧٢ وامره بالأداء إليها مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب .

وبعد سماع شهود الطرفين ... حكمت المحكمة حضورياً على المدعى عليه بأن يؤدى لزوجته المدعية شهرياً من أول أغسطس سنة ١٩٧٢ مبلغ ٥٠٠ قرشاً لتنقيتها بأنواعها الثلاثة والزمت بالمصاريف ومائتى قرش أتعاب حمامة ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت قواعد الإثبات المتصلة بنات الدليل .. كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى - خاضعة للقواعد المقررة فى فقه المذهب الحنفى بالأعمال للمواد ٥ ، ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ، وكانت قواعد هذا الفقه تقضى بأنه إذا شهد الشهود بأكثر من الدعوى لم تقبل شهادتهم ، بمعنى أنها لا تصلح دليلاً فى الدعوى ، لأن المدعى يعتبر مكذباً لهم فيما شهدوا فتكون شهادتهم باطلة ، وإذا شهدوا بأقل من الدعوى ، فإن وافقهم المدعى وعدل عما لم يشهدوا به قبلت شهادتهم وإعتبرت دليلاً صحيحاً فيما وافقهم عليه ويقضى له به . أما إذا بقى مصراً على دعواه بأكثر مما شهدوا به فلا يقضى له بشئ ، ولأنه أيضاً يعتبر مكذباً لهم فى الإدعاء بأكثر - وإذا كان ذلك وكان شهود الدعوى لم يتفقوا

(١) نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/٥ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٢٦ - مدنى وأحوال - ص ٩٧٩ .

(٢) بتدر دمنهور - جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ - القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى ، و٤١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس رأس البر ، جلسة ١٩٧٤/١١/٨ .

على تاريخ محدد ، فإن الحكم إذا إستخلص تاريخاً متيقناً من أقوال الشهود فيما يتعلق ببدء إستحقاق المدعية للنفقة ولدة تقل عن المطلوب بالدعوى ودون موافقة المدعية ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (١) .

طلب إثبات وفاة ... ووراثه .

إستمعت المحكمة إلى شاهدى الطلب .

حلف الأول يميناً ... وأدلى الثانى بأقواله غير مسبوقة بأداء اليمين .

وبجلسة ١٠/٢٠ / ١٩٧٥ قررت المحكمة ضبط المادة (٢) .

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كانت المادة إثبات وراثه توجب أن يحلف الشاهد يميناً بأن يقول الحق ، والا يقول إلا الحق ، وإلا كانت شهادته باطلة- إذ كان ذلك ، وكانت المحكمة قد إستمعت لشاهد دون أن يحلف اليمين ، فإن الحكم إذ إعتد بشهادته يكون مخالفاً للقانون .

مادة وراثات ...

خلو محضر التحقيق - الذى دوت المحكمة أقوال الشهود فيه من توقيع السيد/ القاضى والكاتب والشهود بالمخالفة لنص المادتين ١٩٣ ح و ٩١ من قانون الإثبات (٣) .

أصول مدنية حديثة فى شهادة الشهود :

٣٣٨ مكرر ١- إذا كان من المقرر فى فقه الحنفية أنه يشترط لقبول

(١) نقض - جلسة ١٠/٢ / ١٩٧٣ - مجموعة المكاتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى وأحوال - ص ٢٠ ، وتقرير الرافعى على حاشية رد المختار - جزء ٢ - ص ٢١١ ، وابن عابدين - جزء ٤ - ص ٤٠٥ فى باب الاختلاف فى الشهادة ، والفتاوى المحمدية - الفصل الثانى - الباب الرابع - كتاب الشهادة - جزء ٣ - ص ٥٠٣ وما بعدها ، والبحر الرائق - لابن نجيم - جزء ٤ - ص ٢٢٩ و ٢٣٧ . وجامع الفصولين - جزء ١ - الفصل ١١ - فى الاختلاف بين الدعويين والشهادة .

(٢) فارسكور - جلسة ١٠/٢٦ / ١٩٧٥ - للمادة ٢٨ سنة ١٩٧٥ وراثات .

(٣) فارسكور - جلسة ١١/١٧ / ١٩٧٥ - للمادة ١١٠ سنة ١٩٧٥ وراثات . والمادة ١٢٩

سنة ١٩٧٥ والمادة ١٤٠ سنة ١٩٧٥ وراثات فارسكور .

الشهادة على الإرث أن يبين الشاهد سببه وطريقه وأن ينسب الميت والمدعى حتى يلتقيان إلى أب واحد ، وأن المعتبر في هذا المقام هو التعريف ، وكان الثابت من التحقيق أن شهود الطاعن نسبه والميت إلى الجد الجامع (....) وإلى الجدة الجامعة (....) وهو قدر كاف للتعريف بهما ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رد شهادة شهود الطاعن لعدم بيان اسم الجدة الجامعة منسوباً إلى أبيها وجدها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (١) .

٢- الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بنفسه ، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب والموت والنكاح والدخول ولاية القاضي ، ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف ، ومنها ما هو على الأصح كالمهر ، ومنها ما هو على أحد قولين صحيحين كإشتراط الواقف ومنها ما هو على قول مرجوح كالعتق الولاء ، فأجازوا في هذه المسائل بالتسامح من الناس إستحساناً وإن لم يعاينها الشاهد بنفسه - وإذ كانت الواقعة المشهود بها في الدعوى الماثلة ، وهي رضاع الطاعنين من امرأة واحدة ليست من المسائل المشار إليها ، فإنه لا تقبل الشهادة عليها بالتسامح (٢) .

٣- المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه وإن كان يتعين لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى ، وأن ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الآخر . إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما إدعاه المدعى ، وأن تتطابق أقوالهم في اللفظ والمعنى معاً ، بل يكفي أن توافق شهادتهم بعض المدعى به وأن تتوافق أقوالهم في إفادة المعنى المقصود بالدعوى (٣) .

٤- من الأصول المقررة شرعاً وجوب إنتفاء التهمة عن الشاهد فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض وذلك ما لم تتوافر لها

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ - الطعن ٤٢ لسنة ٤٨ ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨١/٥/١٢ - الطعن ٤٠ لسنة ٥٠ ق (أحوال شخصية) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨١/٣/٢١ - الطعن ٣٢ لسنة ٥٠ ق (أحوال) .

أسباب التهمة في جر مغنم أو دفع مغرم (١) .

٥- المقرر شرعاً أن من شروط قبول الشهادة إنتفاء التهمة من الشاهد بالآ يكون في شهادته جر مغنم له ودفع مغرم عنه أو أن يكون ميل طبيعى للمشهود له أو ميل على المشهود عليه أو أن يكون بينه وبين المشهود عليه عداوة في أمر دنيوى من مال أو جاه أو خصام أو ما فى ذلك(٢) .

٦- الراجع فى فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه فى نطاق الدعوى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن شهادة التسامع لا تقبل إلا فى بعض الأحوال وليس منها التطبيق للضرر (٣) .

٧- لما كان يبين من أقوال شاهدى المدعية فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة - (فى طلب التطبيق للهجر) - أن أحدهما وإن شهد بالتسامع على بعض وقائع الضرر إلا أن ما شهد به من ضرر تمثل فى طرد الطاعن للمطعون عليها من منزل الزوجية وهجره لها جاء شهادة عيان وليس شهادة تسامع ووافقت شهادته شهادة العيان للشاهد الثانى فى هذا الصدد ، فإن الحكم إذ عول فى ثبوت الضرر الموجب للتفريق على هذه البينة التى توافرت فيها شروط قبولها شرعاً لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (٤) .

٨- المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القرايات بعضهم لبعض عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه مما تقبل معه شهادة الأخ لأخيه(٥) .

٩- المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٢٤ - الطعن ٣٩ لسنة ٥٤ ق ، ونقض - جلسة

١٩٨١/١٢/٢٩ - الطعن ٩ لسنة ٥١ ق (أحوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠ - الطعن ٢ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ - الطعن ٦ لسنة ٥٢ ق ، ونقض جلسة

١٩٨٤/٣/١٣ - الطعن ٤٧ لسنة ٥٢ ق (أحوال) .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٨ - الطعن ٦٣ لسنة ٥٢ ق .

(٥) نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/٢٩ - الطعن ٣ لسنة ٥٤ ق (أحوال شخصية) .

السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها ، وإن المشرع بعد أن نقل حكم التطلاق للضرر من مذهب الإمام مالك لم يحل فى إثباته إلى هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاص فى هذا الشأن ، فيتعين - وعلى ما جرى به قضاء النقض - الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ سالف الذكر فتكون البيئة من رجلين أو من رجل وإمرأتين فى خصوص التطلاق للضرر (١) .

١٠- عدم قبول شهادة زوج الطاعنة لها - تضحى معه شهادة شاعدها الآخر منفردة لم يكتمل معه نصاب البيئة الشرعية وهو شهادة رجلين عدلين أو رجل وإمرأتين عدول (٢) .

١١- المقرر فى قضاء النقض أن لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا (٣) .

١٢- من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن النسب يثبت « بالفراش الصحيح » وهو الزواج الصحيح ، « وملك اليمين » وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود وهو زواج فاسد ، يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ، ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦ - الطعن ٦٥ لسنة ٥٢ ق .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧ - الطعن ٤ لسنة ٥٢ ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢ - الطعن ٦٢ لسنة ٥٤ ق .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ - الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ ق .

الباب الثالث

القرائن ، وحجية الأمر المقضى

أولاً : القرائن :

٣٣٩- لم يورد القانون المدنى ولا قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من بعده تعريفاً للقرينة - خلافاً لما فعل القانون الفرنسى .
والقرينة فى اللغة تعريف ، وفى الاصطلاح تعريف آخر .
فهى فى اللغة الزوجة ، فيقال قرينة الرجل أى زوجته (١) .
وهى فى الاصطلاح إستنباط مجهول من معلوم .
والقرائن نوعان : قرائن قانونية ، وقرائن قضائية .
فالقرائن القانونية هى التى ينص عليها المشرع صراحة .
والقرائن القضائية هى التى يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى .
والقرائن القانونية إما قاطعة (أى يقتضى النص عليها بمنع إثبات عكسها ، وإذا لم ينص القانون على هذا المنع كانت القرائن غير قاطعة) (٢) .
حجيتها فى الإثبات :

٣٤٠- وقد نصت على القرائن بنوعيها ، وبينت حجيتها فى الإثبات المادتان ٩٩ ، ١٠٠ من قانون الإثبات .

(١) مختار الصحاح - طبعة ٢ - ص ٥٥٩ .

(٢) يرجع للأساتذة فى أحكام القرينة القانونية والقرينة القضائية المراجع التالية :
نظرية الإثبات - للدكتور عبد السلام ذهني - ص ٧٤ وما بعدها ، ورسالة الإثبات (موجزة) للأستاذ أحمد نشأت . ص ٢٩٥ وما بعدها . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المجلد ٢ ، ص ١١٨٩ وما بعدها ، والتعليق على قانون الإثبات للأستاذين عز الدين المناصورى وحامد عكاز - ص ٤٢ وما بعدها - والقرينة والقاعدة الموضوعية - بحث للأستاذ عرض محمد عوض المر - مجلة قضايا الحكومة .

فنصت المادة ٩٩ منه على أن القرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

وقد قضى بأن التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . وبقاء التأشير المطلوب حافظاً لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع (١) .

وتفخض المادة ١٠٠ من قانون الإثبات بأن يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود .

إن تقدير القرائن القضائية مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كان الإستخلاص سائفاً ، إن إستناد الحكم إلى جملة قرائن يكمل بعضها البعض ، ومن ثم فلا يقبل من الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة (٢) .

إن إستقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وبإطراح ما ترى لارحه منها ، شرط ذلك أن تطلع المحكمة على هذه القرائن وتخضعها لتقديرها ، إن عدم بحث المحكمة هذه القرائن قصور (٣) .

إن إستنباط القرائن القضائية في الدعوى وتقدير أقوال الشهود فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ويعتمد عليها في

(١) دة نس - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٠ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ١٦ - ص ٤٠٥ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٩٥٩ .
ونقض - جلسة ١٩٦٩/١/٤ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٩٥ . ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٤ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٤٠٤ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٧٤٨ .

تكوين عقيدته لا رقابة لمحكمة النقض عليه متى كان بأسباب سائفة (١) .
إن القرينة القضائية من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها ، تقدير
القرائن القضائية من مطلق تقدير القاضي (٢) .

القول باستقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وبإطراح ما
لا ترى الأخذ به منها ، محله أن تكون قد أطلعت عليها وأخضعتها
لتقديرها ، فإذا بان من الحكم أن المحكمة لم تطلع على تلك القرائن ، وبالتالي
لم تبحثها ، فإن حكمها يكون قاصراً قصوراً يبطله (٣) .

لمحكمة الموضوع سلطة في تقدير القرائن التي لم يحدد القانون
حجيتها ، ولها وهي تباشر سلطتها في تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون
أخرى متى أقامت قضاءها على أسباب سائفة ، ومن ثم فإن المجادلة في
أخذها بأقوال الشهود دون القرائن لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية في
تقديرها للأدلة المقدمة إليها مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض (٤) .

عدم توقيع جميع الشركاء على عقد القسمة ، لا يمنع المحكمة من أن
تتخذ قرينة على ثبوت وضع يد مدعى الملكية .

إن قضاء محكمة الموضوع بأن التصرف سائر لتصرف مضاف إلى ما
بعد الموت ، إستناداً للقرائن المقبولة التي أوردتها ، هو من قبيل فهم الواقع
في الدعوى ، لا رقابة عليها لمحكمة النقض (٥) .

لا تلتزم محكمة الإستئناف بالتحديث في حكمها عن كل قرينة من
القرائن القانونية التي يدلى بها الخصوم إستدلالاً على دعواهم من طريق

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٥٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/٤ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٩٧٣ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ - م.م. - ف - ٢٤ - ١ - ١١٩ ، ١٢٤ - ونقض - جلسة
١٩٧٣/٢/٦ - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني
وأحوال - ص ٤٨٨ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ -
مدني وأحوال - ٨٠٩ و ٨٢٨ .

الإستنباط ، كما أنها غير مكلفة بأن تتبع أقوال الطاعن أو أسباب الحكم الابتدائي بشأنها ، وترد على كل منها إستقلاً ، إذ إن قيام الحقيقة التي إقتنعت بها وأوردت دليلها ، التحليل الضمني لإطراح هذه الأقوال ، لما كان ذلك فإن ما يشيره الطاعن في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية في تقدير محكمة الموضوع للأدلة بقية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التي أخذت بها تلك المحكمة ، وهو ما لا يجوز (١) .

لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير القرائن التي لم يحدد القانون حجيتها ، ولها وهي تباشر سلطتها تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى متى أقامت قضاها على أسباب سائفة ، ومن ثم فإن للمجادلة في أخذها بأقوال الشهود دون القرائن لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية في تقديرها للأدلة المقدمة إليها مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض (٢) .

ثانياً - حجية الأمر المقضى وتعلقها بالنظام العام :

٣٤١- تقضى المادة ١٠١ من قانون الإثبات بأن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية (٣) ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٥٠٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٤٨٨ .

(٣) تضمنت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠١ من قانون الإثبات أن المحكمة تقضى بحجية الشيء المقضى من تلقاء نفسها ، أي أنها غدت تحاكى ما أخذ الفقه طويلاً وأحكام القضاء بأن هذه الحجية من النظام العام (يراجع بحث : الدفع بحجية الأمر المقضى يعتبر من النظام العام - للدكتور إدوارد غالي الذهبي - المحامية - السنة ٤٢ - العدد ٥ - ص ٥ - وما بعدها . والمراجع التي أشار إليها في بحثه . وذلك إعتباراً بأن تلك الحجية تقوم على الرغبة في وضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز صدور أحكام متعارضة مما يفض من كرامة القضاء ، وهي إعتبارات تتعلق بالنظام العام لأنها تمس مصلحة جوهرية للمجتمع هي الحاجة إلى إستقرار الحياة الإجتماعية (حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني - رسالة دكتوراه - للدكتور إدوارد غالي الذهبي - ص ٥٢) . وقد أكدت هذه الحقيقة أيضاً المذكرة الإيضاحية-

الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

كما تقضى المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أن القاضى المدنى لا يرتبط بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها وكان فصله فيها ضرورياً .

إن تقدير الدليل لا يحوز قوة الأمر المقضى ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إذا هو أخذ بشهادة شهود فى قضية أمام محكمة أخرى ولو أطرحت تلك المحكمة التحقيق فيها ، لأن للقاضى أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته من أى تحقيق قضائى أو إدارى (١) .

حجية الأحكام الصادرة من جهة أخرى وعناصر حجية الأمر المقضى:

٣٤٢- الحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة لا حجية له أمام جهات القضاء الأخرى ، ولكن له حجيته أمام محاكم الجهة التى أصدرته ولو خرج فى قضائه عن الولاية التى منحها المشرع لتلك المحاكم .

فالقضاء العادى ولايته عامة ، وله التحقق عند بحث حجية الحكم

=قانون الإثبات - تعليقاً على المادة ١٠١ منه - بالقول بأن المادة ١٠١ قد نصت على تعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وإذا كان تعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام مسلماً بالنسبة للأحكام الجنائية ليست ما للعقوبات وقواعد الإجراءات الجنائية من صلة به ، فإن هذه الحجية تقوم فى المسائل المدنية على ما يفرضه القانون من صحة مطلقة فى حكم القضاء رعاية لحسن سير العدالة وإنقاء لتأييد المنازعات وضمان للإستقرار الإقتصادى والإجتماعى وهى أغراض تتصل إتصلاً وثيقاً بالنظام العام ، وغنى عن البيان أن إقرار الخصوم على حق التنازل عن هذه الحجية ومنع القاضى من إثارتها من تلقاء نفسه . يمكن لإحتمال تعارض الأحكام وتجديد المنازعات وهو إحتمال تصد القانون إلى إنتقائه .

(١) نقض - جلسة ١٢/٥/١٩٧٢ - م . م . ف - ٢٢-٢-٩٠٥ .

الصادر من جهة قضاء أخرى من أنه صدر في حدود ولايته أمام جهة القضاء صاحبة الولاية .

ولا يحوز الحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا إتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعوى التي سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة ، بحيث إذا تخلف أحد من هذه العناصر ، كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان .

وقيام سبب رفض الدعوى على عدم نفاذ الحوالة يستوى في ذلك الحكم برفضها أو بعدم قبولها ، لا يعتبر أيهما فصلاً في موضوع الخصومة مانعاً من التقاضى بشأن الحق موضوع عقد الحوالة إذا ما أضحت نافذة في حق المدين . النعى على الحكم بمخالفة القانون في هذه الحالة لا تتحقق به سوى مصلحة نظرية بحثة لا تصلح أساساً للطعن (١) .

إن الحكم الذي يجيز الإثبات بطريق معين لا يحوز حجية الأمر المقضى، إلا إذا كان قد حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات بعد أن يتجادلوا في جوازها من عدمه (٢) .

وإن حجية الشيء المقضى فيه . مناطها إتحاد الخصوم والموضوع والسبب (٣) .

والأصل أن حجية الشيء المقضى لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق بأسبابه إلا ما كان منها مرتبطاً بالمنطوق إرتباطاً وثيقاً وفصل فيه الحكم بصفة صريحة وضمنية حتمية في المنطوق أو الأسباب التي لا يقوم بدونها (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٥/٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ٩٣١ ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ١٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٢٢ ونقض جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٦٩٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢٢١ ونقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٢٩٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - المرجع السابق - ص ٢٤ - ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - المرجع السابق - ص ٥١٩ .

وإن كان الأصل فى الأحكام المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى ، إلا أن هذا - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصم هو والظروف التى إنتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها تغيير (١) .

حجية الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية :

٣٤٣- الأصل المقرر فى المرافعات الشرعية أن المسائل الشرعية مما تقبل التغيير والتبديل ، ومن ثم فإن الأحكام الصادرة فيها لا تحوز حجية الشئ المقضى وأنه إذا رفضت دعوى طاعة - مثلاً - لعدم شرعية المسكن ، فإنه يمكن رفع دعوى أخرى بعد إستيفاء شرعيته ، ولكن إذا كان مبنى رفض دعوى الطاعة عدم أمانة الزوج فإن الذى نراه أن هذا القضاء يحوز حجية الشئ المقضى تمنع من العودة إلى هذا الطلب من جديد لأن من ليس أميناً على نفس الزوجة ومالها إن كان لها مال لا يمكن أن يكتسب صفة الأمانة بعد ذلك (٢) ، وكذلك الشأن فى دعوى التطلق . أما دعوى النفقات فإنها مما يتغير أساس فرضها .

لذلك فإن الأصل فى الأحكام الصادرة فى طلب النفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها ، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٤٨٥ ونقض -
جلسة ١٩٦٦/١٢/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٠ . ونقض -
جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٠ - ونقض جلسة
١٩٦٩/٢/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٤٥٨ .

(٢) دمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ - القضية ٨٩ سنة ١٩٧٤ أحوال
مستأنف.

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٩/١٠/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - ص ٥٤٠ .
ونقض - جلسة ١٩٧٢/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٨٩ .
ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدنى
وأحوال - ص ١٠٠٢ .

وإذا صدر حكم من المحكمة الشرعية بعدم سماع دعوى صحة وصية طبقاً للمادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بناء على أنه لم يثبت لدى المحكمة صدور الوصية لمن نسبت إليه ، وصار هذا الحكم نهائياً بعد القضاء من المحكمة العليا بإعتبار إستئناف المدعية كأن لم يكن . ثم على أساسه صدر حكم من المحكمة الأهلية برفض دعوى تثبيت الملكية المرقوعة إليها إستناداً إلى أن ورقة الوصية لا تصلح لأن تكون سنداً لما يطالب به المدعون ، فإن هذا الحكم لا يكون مخالفاً للحكم الشرعى النهائى ، لأن الحكم الشرعى وإن كان لا يمنع المدعية من تجديد دعواها إذا ما وجد لديها مستند صحيح آخر يؤكد ملكيتها إلا أنه وإن لم يقض صراحة برفض الدعوى قد صدر قاضياً بمنع سماعها ، ومؤداه منع المدعية من تجديد دعوى الوصية أمام المحاكم الشرعية إستناداً إلى تلك الورقة ذاتها التى قضى نهائياً بعدم إعتبارها مسوغاً شرعياً للدعوى ، وهذا هو بعينه حكم المحكمة الأهلية (١) .

وفى الدعوى بطلب نفقة الصغير يكون موضوع النسب قائماً بإعتباره سبب الإلتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها فتتبعه وجوباً وعدمياً . وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير إستناداً إلى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فإنه يكون قد خالف القانون (٢) .

إن حجية الإعلام الشرعى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تدفع وفقاً لنص المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم من المحكمة المختصة ، وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى صورة دفع أبدي فى الدعوى التى يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعى، وإذا كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه ، فإن

(١) نقض - جلسة ١٩٤٥/٤/٥ - مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ٢٢٧ - ص ٧١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص ٦٨ .

قضاءها هو الذى يعمل عليه ولو خالف ما ورد بالإعلام الشرعى ولا يعد قضاؤها إمداراً لحجية الإعلام ، لأن الشارع أجاز هذا القضاء وحد به من حجية الإعلام الشرعى الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية (١) .

إن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل الموارث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم .

إن كانت أحكام الموارث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد إستمد منها قانون الموارث أحكامه ، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان ، ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع (٢) .

ولا عبرة بالتحدى بأن الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية تسرى على الكافة إلى أن يقضى بإلغائها ، لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التى تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التى تقررها ، والحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٤ من المحكمة العليا الشرعية إذ خلع على الطاعن صفة البنوة إنما يقرر حالة ولا ينشئها ، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير (٣) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ - ص ٢١٢ .
ونقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٨٠ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٨ - الطعن ٨٥ لسنة ٦٢ ق (أحوال شخصية) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/٢/١١ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٢٤٠ . ونقض
جلسة ١٩٦٢/٥/٩ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦١٩ وما بعدها .

حجية الأحكام الجنائية فى مسائل الأحوال الشخصية :

٣٤٤- إنقسم الفقه - بشأن حجية الأحكام الجنائية فى مسائل الأحوال الشخصية إلى نظريين (١) .

رأى - يذهب إلى أنها لا تحوز أية حجية (وأصحابه قلة) .

ورأى - يذهب إلى أنها تحوز حجية (وأصحابه هم الغالبية) لتوافر الحكمة التى من أجلها شرعت حجية الأحكام الجنائية .

ونؤيد - رأى الغالبية للحجج التى ساقوها .

وقد قضى (٢) بأن الحكم الجنائى النهائى يقيد القاضى المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، وأن هذه الحجية لا تثبت للأوامر والقوارات الصادرة من سلطات التحقيق .

إن كان بيت المال الذى أصبح بنك ناصر الإجتماعى يمثلنا قانوناً بعد أن ألت إليه تبعية الإدارة العامة للتركات (بيت المال سابقاً) وإن كان لا يعتبر وارثاً شرعياً وذلك وفقاً لرأى جمهور الفقهاء الذى إستمد منه قانون الموارث أحكامه فى هذا الصدد - وعلى ما جرى به قضاء النقض - إلا أنه إذا ألت إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك (م٤) فإنها تكون تحت يده بحسبانه أميناً عليها ليصرفها فى مصادرها الشرعية ، فإنه يتحقق له المصلحة والصفة فى الطعن على الإعلام الشرعى الذى ينطوى على توريت من لا حق له فيه بطلب بطلانه بدعوى مبتدأة أو بدفع توصلاً إلى إيلولة التركة الشاغرة إليه (٣) .

(١) بحث - حجية الأحكام الجنائية فى دعاوى الأحوال الشخصية - للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٢٩ - العدد ١ - ص ٩٤ وما بعدها - والمراجع العديدة التى أشار إليها فيه .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٠/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ١٥٠٧ . ومقال حجية الأحكام الجنائية فى دعاوى الأحوال الشخصية - للدكتور إيهاب إسماعيل - المحاماة - السنة ٢٩ - العدد ١ - ص ٩٤ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/١٨ - الطعن ٨٥ لسنة ٦٢ ق (أحوال شخصية) .

الباب الرابع

الإقرار، واستجواب الخصوم

أولاً : الإقرار :

٣٤٥- كانت اللائحة الشرعية تنظم الإقرار فى المواد من ١٢٤ إلى ١٢٩ فى الفصل الأول من الباب الثالث ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذى أجراه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م ١٣) ، ومن ثم فقد تعين الرجوع فى شأنه إلى أحكام قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذى حل محل أحكام قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقانون المدنى فى شأن الإثبات .

أحكام الإقرارات فى أصول المرافعات الشرعية :

٣٤٦- أوردت مؤلفات المرافعات الشرعية (١) - فى الإقرار - تعريفات متعددة تتلاقى كلها عند التعريف التالى :

الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر - ويقال للمخبر ، مقر ، ولصاحب الحق : مقر له وللحق : مقربه (٢) .

وقد وضع الفقهاء - فى أركان الإقرار الثلاثة - الشروط التالية :

أولاً - قبالةنسبة للمقر إشتراطوا :

١- أن يكون عاقلاً ، فلا يصح إقرار المجنون والصبى غير المميز .

٢- أن يكون بالغاً .

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٢٩١ وما بعدها ، ومباحث المرافعات - للأستاذين محمد زيد الإبياني - ص ٧٧ وما

بعدها . وأصول القضاية - للقاضى على قراعة - ص ٦٢ وما بعدها . ونظرية الإثبات - للأستاذ أحمد فتحي بهنسى - ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) مجلة الأحكام العدلية - المادة ١٥٧٢ .

- ٣- أن يصدر منه الإقرار طوعاً وعن رضا ، فلا يصح إقرار المكره .
 ٤- أن يكون يقطناً ، فلا يصح إقرار النائم .
 ٥- أن يكون في صحو فلا يصح إقرار السكران .
 ٦- أن يكون المقر معلوماً بعينه ، أى غير مجهول .
 ٧- ألا يكون متهماً في إقراره ، لأن التهمة تخل بوجوب رجحان
 الصدق .

- ٨- ألا يكون محجوراً عليه لسفه .
 ٩- أن يكون جاناً هازلاً .
ثانياً - أما بالنسبة للمقر له فقد إشتراطوا :
 ١- أن يكون محقق الوجود وقت الإقرار حقيقة أو شرعاً .
 ٢- أن يكون أهلاً للملك ، فلو كان غير أهل لا يصح الإقرار .
 ٣- أن يكون سبب إستحقاق المقر له للمقر به مقبولاً عقلاً ، فلو كان
 غير مقبول لم يصح .

- ٤- ألا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة .
ثالثاً - وأما بالنسبة للمقر به فقد إشتراطوا :
 ١- ألا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً .
 ٢- أن يكون مما يجرى فيه التعامل ، فلو كان تافهاً لا يصح الإقرار
 به .

- رابعاً - وأما بالنسبة لصيغة الإقرار فقد إشتراطوا :**
 ١- أن تكون منجزة غير معلقة على شرط .
 ٢- أن تكون مثبتة للحق المقر به على سبيل اليقين والجزم .
 ٣- أن تكون بالعبارة إذا تناولت حداً من حدود الله .
 ٤- أن تصدر أمام القاضى إذا تناولت حداً خالصاً لله تعالى كالزنا
 وشرب الخمر والسرقعة .

ومتى إستوفى الإقرار جميع شروط الصحة السابقة كان ملزماً للمقر
ووجب عليه تسليم المقر به للمقر له .

تلك كانت احكام الإقرار فى أصول المرافعات الشرعية فى إيجاز شديد.

أحكام الإقرار فى قانون الإثبات :

٣٤٧- أما فى أصول المرافعات المدنية (١) فقد تضمنت - مؤخراً -
أحكام الإقرار فيها المادتان ١٠٢ و ١٠٤ من قانون الإثبات .

فتنقضى المادة ١٠٢ منه بأن الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء
بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

فهذه المادة تحدثت عن الإقرار القضائى .

وهناك إقرار غير قضائى وهو ما يحصل عادة فى غير مجلس
القضاء (٢) .

ولم يتكلم قانون الإثبات - ومن قبله القانون المدنى - عن الإقرار غير
القضائى ، ومن ثم يترك أمر تقديره للقضاء حسب ظروف كل دعوى .

ويمكن للقاضى أن يجرئ الإقرار غير القضائى ، كما يمكن أن يقبل
عدول المقر به عنه .

والإقرار - قضائياً كان أو غير قضائى - يتضمن نزول المقر عن حقه
فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه وهو بهذه المثابة ينطوى على تصرف

(١) 'هم المراجع : رسالة الإثبات (الموجزة) للأستاذ أحمد نشأت - ص ٢٤٢ وما بعدها،
والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا -
ص ١٢٠ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات - للأستاذين عز الدين
الناصرى ، وعامد عكاز - ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) ويعرض الأستاذ أحمد نشأت للإقرار غير القضائى ويقسمه إلى نوعين : الأول -
هو ما يحصل فى غير مجلس القضاء ، والثانى - هو ما يصدر فى مجلس غير
مستوف للشرطين اللذين يجعلان منه إقراراً قضائياً . وهذان الشرطان هما : ١ -
أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء (أى فى المحكمة) ٢ - أن يكون أثناء سير
الدعوى الخاصة بالنزاع على الشئ الذى حصل الإقرار به (رسالة الإثبات الموجزة -
المرجع السابق - ص ٢٠٤ و ٢٠٥) .

قانونى من جانب واحد ، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية ، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوية بأى عيب من عيوب الإرادة ، فإن ما شاب الإرادة غلط كان باطلاً وحق للمقر الرجوع فيه (١) .

وتحصيل الأركان اللازمة للإقرار هو من الأمور التى يخالطها واقع مما يترك تحصيله لمحكمة الموضوع ، فإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعة لم تتمسك أمامها بهذا الدفاع ، فإنه لا يقبل منها التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض - والقول الصادر من محامى أحد الخصوم فى مجلس القضاء لا يعد إقرار له حجيته القانونية إلا إذا فوض بتوكيل خاص وتضمن التسليم بالحكم المدعى به وقصد إعفاء خصمه من إقامة الدليل عليه (٢) .

ولما كان الإقرار قضائياً كان أو غير قضائى - يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، فإنه بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ، ويشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية ، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوية بأى عيب من عيوب الإرادة ، ومن ثم فإذا شاب الإقرار تدليس كان قابلاً للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه (٣) .

ويشترط فى الإقرار أن يكون صادراً من الخصم عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه وفى صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم (٤) .

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٩ - مجموعة المكتب - السنة ١٨ - ص ١٥٦ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٠/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٥٨٤ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٤/٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٠١٩ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٨٤٩ .

إن إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن إكتملت مدة سقوطه لا يسرى في حق الباقيين (١) .

لا يعتبر إقرار ما يسلم به الخصم إضطراراً واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته (٢) .

الأهلية التي تشترط لصحة الإقرار هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا تشترط فيه أهلية ما ، بل يجوز الإقرار للمصغير غير المميز والمجنون (٣) .

لا تستلزم الأقاير قبول المقر لها ، بل ترتد برده لها فقط (٤) .

حجية الإقرار في قانون الإثبات :

٣٤٨- تقضى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات بأن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا أنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٥) .

فالإقرار المعتبر حجة قاطعة على المقر هو الإقرار الصادر أمام القضاء . أما الإقرار خارج القضاء فيخضع للقواعد العامة إذ لم يرد في شأنه نص خاص ، فلمحكمة الموضوع سلطة تقدير قوته في الإثبات بغير معقب عليها في ذلك متى كان تقديرها سائفاً (٦) .

(١) نقض - جلسة ١١/٢٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٦/٣/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - ص ٦٧٨ .

(٣) نقض - جلسة ٥/٢٢/١٩٥٢ - مجموعة ٢٥ عاماً جزء ١ - قاعدة ١٥ - ص ٣٢ .

(٤) نقض - جلسة ١/٢٢/١٩٢٥ - المرجع السابق - قاعدة ٥٢ - ص ٣٢ .

(٥) يراجع في أحكام الإقرار ونوعيه . وإمكان تجزئته . وحجيته في التشريعات العربية المختلفة : الإقرار - للأستاذ جمال الدين اللبان - بحث - مجلة قضايا الحكومة - السنة ٣ - العدد ٤ - ص ٥ وما بعدها ، وملاحظات حول أحكام الإقرار في التشريع السوري - بحث - للدكتور نزار الكيال المحامي - المحاماة - السنة ٤٦ - العدد ٦٥ - ص ٥٠٩ وما بعدها .

(٦) نقض - جلسة ١٤/١/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ١٧٦ ،

ونقض - جلسة ٩/٢/١٩٦٧ - المرجع السابق - ص ٥٩٩ ، ونقض - جلسة -

أقام المدعى هذه الدعوى طالباً القضاء له على مطلقة برد ما حصلت له
زائداً على ما قررت أحكام النفقة الصادرة لصالحها ، وتناول في صحيفة
الإفنتاج تفصيل ما إستولت عليه مطلقة تنفيذاً للأحكام .

وبجلسة ١٩٧٣/٣/٢٠ حكمت المحكمة حضورياً برفض الدعوى
وحملت حكمها على ما نصه :

(... وحيث أن المدعى طلب الإثبات وإستند إلى الحافظة المودعة ، وتبين
من الإطلاع عليها أن هذه الدعوى كيدية لا أساس لها ومستحقة الرفض
... (١) ...) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه قاصر البيان غير محمول لم يبين حاصل ما
إنطوت عليه حافظة المدعى من أدلة واقعية ولم يتضمن ما يصح أن
يستخلص منه ما قال به من كيدية الدعوى .

وليس ما يمنع المحكمة من الأخذ بإقرار صدر في دعوى أخرى قضى
بسقوط الخصومة فيها (٢) .

وإذا كان الإقرار الصادر في قضية أخرى لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً،
إلا أنه يعتبر من قبيل الإقرار غير القضائي ، ومثل هذا الإقرار يترك تقديره
إلى محكمة الموضوع ، فإذا رأه عدم الأخذ به وجب عليها أن تبين الأسباب
التي دعته إلى ذلك (٣) .

الإقرار غير القضائي إذا ما ثبت بورقة عرفية موقع عليها من المقر
كانت هذه الورقة حجة على من صدرت منه فلا يحق له أن يتنصل مما هو

- ١٩٦٦/٦/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٤٢ . ونقض - جلسة
١٩٧٠/٢/٤ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٢٥٠ .

(١) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٣/٢٠ - القضية ٨٠ لسنة ١٩٧٣ أحوال نفس ،
والقضية ٧٨ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس حلوان ، والقضية ٢١٩ سنة ١٩٧٢ أحوال
نفس مصر القديمة .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٩٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٤ .

وارد فيها بمحض إرادته إلا بمبرر قانوني (١) .

تفسير قرارات الخصوم في دعوى أخرى ، مما يستقل به قاضي الموضوع (٢) .

الإقرار غير القضائي يخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملاً أو مبداً ثبوت الكتابة أو مجرد قرينة أو ألا يأخذ به أصلاً (٣) .

يثبت النسب في جانب الرجل - وعلى ما جرى به قضاء النقض - بالفراس ، وبالإقرار ، وبالبينة .

إقرار المتوفى بنوة المطعون عليها الأولى ، حجة ملزمة ، فيثبت نسبها منه ، وهو بعد الإقرار به لا يحتل النفي ، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار ولا يسمع ، ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب وإن أنكرت الزوجة ، إذ هو إلزام له دون غيره ، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها ، ولا يبطله إقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت ، ولا كون التصديق على الزواج مسنداً إلى تاريخ لاحق لميلادها ، كما أن إقرار الزوجة بالبكارة لا يفضي إلى إبطال حق المقر لها ، لأنها لا تملك إبطاله (٤) .

أقامت المدعية الدعوى إبتغاء الحكم لها على زوجها المدعى عليه بفرض نفقة زوجية لأنواعها الثلاث من تاريخ الترك الحاصل في أول سبتمبر سنة ١٩٧٤ قرر المدعى عليه أن زوجته غضبت من شهر ويجلسه ١٨/٢/١٩٧٥ حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية مبلغ ٢٠٠ قرش شهرياً نفقة زوجية شاملة إعستباراً من ١٦/١/١٩٧٥ (تاريخ

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٨ ، للرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص ٥٨٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ - م.م. - ف. - ٢٤-١-٢٦٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٩ - مجموعة للمكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٣٤٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٤ ، م.م. - ف. ٢٢-٢-١١٣٢ .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الإقرار حجة على المقر مما مؤداه أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات يأخذ بها القاضى واقعة ثابتة بالنسبة إلى المقر الذى لا يجوز له إثبات عكسها وترجع هذه الحجية القاطعة إلى أن الإقرار إعفاء من الإثبات ، ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها ، فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات فتصبح ثابتة لا لأن دليلاً أثبتتها بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات - إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن المدعى عليه قد أقر بأن الترك حدث منذ شهر سابق على ١٩٧٥/٢/٤ فإن الحكم إذ أغفل هذا الإقرار كحجة قاطعة على المدعى عليه ، وعمد في سبيل إثبات تاريخ الترك إلى القرينة المستمدة من التداعى وقضى للمدعية بنفقتها إعتباراً من تاريخ رفع الدعوى وهو لاحق لتاريخ الترك الذى أقر به المدعى عليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

ثانياً : إستجواب الخصوم :

٣٤٩- كانت المواد من ١١٥ حتى ١٢٢ من اللائحة الشرعية ترسم قواعد إستجواب الخصوم أنفسهم ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م ١٢م) ، ومن ثم كان قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - الذى حل محل القانون المدنى بالنسبة للقواعد الموضوعية في الإثبات ومحل قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى- هو القانون الواجب التطبيق .

وقد نظم الفصل الثانى من الباب الخامس من قانون الإثبات أحكام إستجواب الخصوم في المواد ١٠٥ حتى ١١٢ .

فنصت المادة ١٠٥ منه على أن للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب إستجواب خصمه الحاضر . فلا يجوز قانوناً إستجواب من ليس خصماً في الدعوى ، كما لا يجوز

(١) الفشن - جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ - القضية ١٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

للخصم المقرر إستجوابه أن ينيب عنه فى الإجابة على الإستجواب شخصاً آخر (١) .

ونصت المادة ١٠٦ منه على أن للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لإستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر إستجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار .

فإذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز إستجواب من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً فى الأمور المأذون فيها .

ويجوز بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية توجيه الإستجواب إلى من يمثلها قانوناً .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون المراد إستجوابه أهلاً للتصرف فى الحق المتنازع فيه (م ١٩٧) .

فإذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست فى حاجة إلى إستجواب رفضت طلب الإستجواب (م ١٠٨) .

إنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب إستجواب خصمه ، إلا أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة هذا الطلب لأنه من الرخص المخولة لها ، فلها أن تلتفت عنه إذا وجدت فى الدعوى من العناصر ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة لإتخاذ هذا الإجراء (٢) .

يجوز للمحكمة أن تعدل عن حكم الإستجواب إذا رأت ألا جدوى من إتخاذ الإجراء وإن فى لوراق الدعوى وما قدم فيها من أدلة ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة إليه (٣) .

يوجه الرئيس الأسئلة التى يراها إلى الخصم ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الإجابة فى الجلسة ذاتها إلا إذا

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ - مجموعة المكنب الفنى - السنة ١٨ - ص ١١٨٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٧٥٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٧٥٧ ونقض -

جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - العدد ٢ - ص ٦٢٢ .

رات المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة (م١٠٩) .

تكون الإجابة فى مواجهة من طلب الإستجواب ، ولكن لا يتوقف الإستجواب على حضوره (م١١٠) .

وتدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب ، وإذا إمتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع ذكر فى المحضر إمتناعه وسببه (م١١١) .

وإذا كان بالخصم عذر يمنعه من الحضور للإستجواب جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لإستجوابه على نحو ما ذكر (م١١٢) .

وإذا تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب بغير عذر مقبول أو إمتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى كان يجوز فيها ذلك (م١١٣) .

وهذه الأحكام واضحة .

الباب الخامس

اليمين، والمعينة، والخبرة

أولاً - اليمين :

٣٥٠- كانت المواد من ١٩٧ حتى ٢٠٦ من اللائحة الشرعية تتناول أحكام اليمين والنكول ، وقد تناول القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هذه المواد بالإلغاء (١٢م منه) ، ومن ثم فكان قانون الإثبات هو القانون الواجب التطبيق في شأن اليمين ، لأنه القانون الذى جمع القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية فى اليمين التى كان ينص على كل منها القانون المدنى وقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وحل محلها .

ولقد نظم قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أحكام اليمين فى المواد من ١١٤ حتى ١٣٠ .

أحكام اليمين فى أصول المرافعات الشرعية :

٣٥١- لليمين فى المرافعات الشرعية أهمية بالغة (١) ، ذلك أنها قد تكون الوسيلة الوحيدة للإثبات فى الدعوى ، وذلك فى المسائل التى تتعلق بذاتية الزوجة أو المطلقة ، فى شأن إثبات الدخول أو الخلوة أو رؤية الحيض ثلاث حيضات كوامل، وما إلى ذلك ، فإنها إن حلفت اليمين التى يوجهها لها الزوج أو المطلق رفضت دعواه . دون أن يكون له إثبات صحة دعواه بوسيلة أخرى وإذا نكلت عن الحلف - وقد يكون تخلفها تسليماً بصحة الدعوى

(١) راجع فى تفصيل أحكام اليمين فى أصول المرافعات الشرعية ، شرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٢٨٠ وما بعدها . ومباحث المرافعات والدعوى الشرعية - الشيخ محمد الإبانى - ص ١٥٣ وما بعدها . والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - ص ٢٢٧ وما بعدها . وطرق القضاء فى الشريعة الإسلامية - للشيخ أحمد إبراهيم ص ٧ وما بعدها ، ونظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى - للأستاذ فتحى بهنسى - ص ١٩١ وما بعدها .

بما يقوم مقام النكول - قضى للمدعى بدعواه .

كما أن اليمين في أصول المرافعات الشرعية أحكاماً فريدة ، منها أنها قد تكمل بالشهود في بعض الأنزعة ، ومنها أن الإخفاق فيها كسند للدعوى لا يمنع من اللجوء إلى وسيلة أخرى لإثباتها .

ومن تلك الأصول أيضاً أنه لا يجوز توجيهها إلى غير مكلف ، فلا يجوز تحليف المجنون .

وأنه تجوز النياية في الإستحلاف ولا تجوز في الحلف ، فللوكيل والوصى والأب أن يطالب تحليف خصمه فيما يتصل بحقوق الأصل وأقاصير والولد للطلاب بها ، ولكن ليس للخصم أن ينيب عنه أحداً في الحلف .

وأنه لا تجوز اليمين على مجهول .

وأنه لا تجوز اليمين عن واقعة أقر بها الخصم أو عن واقعة غير متعلقة بشخصه أو غير منتجة في النزاع .

وأنه لا تجوز اليمين إلا على حق الخصم أو على سبب حقه لا على حجته .

وأنه إذا وجهت اليمين إلى الورثة لم تكف يمين الواحد منهم ولم تنب عن يمين الباقيين بل يستحلف الكل . وإذا وجهت لهم على غيرهم ، كان إستحلاف الواحد منهم كإستحلاف الكل .

ولقد ثار خلاف حول ما إذا كان جائزاً أن يوجه المدعى اليمين لادمعى عليه إذا كانت عنده بيعة حاضرة .

فيرى أبو حنيفة أنه غير جائز .

بينما يرى الصاحبان أن ذلك جائز .

على حين يرى صاحب الهدائع^(١) أن شرائط وجوب توجيه اليمين أنواع منها الإنكار ، ومنها الطلب من المدعى ، لأنها وجبت على المدعى عليه

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - لعلاء الدين الكاساني ص ٢٥٧ وما بعدها

حقاً للمدعى منها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعند صاحبين ليس ذلك بشرط حتى لو قال المدعى : لى بينة حاضرة ، ووجه قولهما أن اليمين حجة المدعى ولهذا لم يجب إلا عند طلبه ، فكان له ولاية إستيفاء أيهما شاء له .

الفرق بين أصول المرافعات الشرعية وقانون الإثبات فى اليمين:

٣٥٢- يظهر مما تقدم أن ثمة فروق بين أصول المرافعات الشرعية وقانون الإثبات بالنسبة لليمين تخلص فيما يلى :

١- أن توجيه اليمين وحلفها لا يمنع - فى الأصول الشرعية - من تقديم أدلة أخرى ، حين أن قبول حلف اليمين الحاسمة - فى قانون الإثبات - مسقط لحق موجهها فى سائر الأدلة الأخرى .

٢- أن لمن وجه اليمين - فى الأصول الشرعية - أن يثبت عدم صحتها بعد حلفها ، على حين أنه - فى قانون الإثبات - لا يجوز لمن وجه اليمين أن يثبت عكسها طالما لم يصدر حكم جنائى يكذبها .

٣- أن اليمين - فى الأصول الشرعية - لا تحسم النزاع بصفة مؤقتة نهائية ، بل بصفة مؤقتة ، بل لمن وجهها أن تسمع بينته وأن يحكم له بمقتضاها ، على حين أنه فى قانون الإثبات - ينحسم النزاع قطعياً بحلفها .

٤- أن أهلية المرأة بالنسبة لليمين تختلف فى الأصول الشرعية عنها فى الأصول المدنية ، فيجوز أنه توجه اليمين للمرأة فى مسائل الأحوال الشخصية على حقوقها الزوجية متى وصلت مرحلة البلوغ .

وقد قضت محكمة النقض^(١) بأن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود ، وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٣٢ وما بعدها .

(المرافعات) أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

أحكام اليمين في أصول الإثبات المدنية :

٣٥٣- لم يعرف قانون الإثبات ، ومن قبله القانون المدني وقانون المرافعات الملغى اليمين ، ولكن عرفها الفقه (١) بأنها :

« إشهاد الله عز وجل على قول الحق ، مع الشعور بهيبة المحلف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه » .

وكما أن اليمين الكاذبة جريمة دينية أو أدبية ، فهي جريمة جنائية (م ٣١٠ من قانون العقوبات) .

واليمين نوعان :

يمين حاسمة ، وهي التي توجه من أحد الخصمين للآخر (م ١١٤ من قانون الإثبات) .

ويمين متممة ، وهي التي يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين من تلقاء نفسه ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو قيمة المحكوم به (م ١/١١٩ من قانون الإثبات) .

ولكل من هذين النوعين أحكام وقواعد إجرائية ، كما أن لهما أحكاماً مشتركة .

وسوف نتناول تلك الأحكام والقواعد فيما يلى :

(١) يراجع فى أحكام اليمين فى أصول المرافعات المدنية : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - ص ١٢١٧ وما بعدها . رسالة الإثبات الموجزة - للأستاذ أحمد نشأت - ص ٢٥٧ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - ص ٧١٢ وما بعدها واليمين - للأستاذ ظافر الموصلى الحامى - بحث - الحاماة - السنة ٤٠ العدد ٨ ص ١٤٦٦ وما بعدها . ومبادئ القضاء المدني - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص ٤٨٤ وما بعدها

١- اليمين الحاسمة :

٣٥٤- نظمت المواد من ١١٤ إلى ١٣٠ من قانون الإثبات أحكام اليمين الحاسمة بإستثناء ثلاث مواد منها هي ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ التي نظمت أحكام اليمين المتممة .

قواعدها وشرائطها :

٣٥٥- وجود لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها .

ولن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين (م ١١٤) .

ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة النظام العام .
ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه ، فإن كانت غير شخصية له لنصبت على مجرد علمه بها .
ويجوز للموصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه .

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى (م ١١٥) .

فلا توجه اليمين الحاسمة إلا على الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ، وذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون وارداً على الخيار بين الحلف والرد والنكول . ورد اليمين كتوجيهها يشترط فيه أهلية التصرف في الحق (١) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ١٨٥٩ .

إن اليمين الحاسمة - وعلى ما جرى به قضاء النقض - ملك للخصم لا للقاضي وإن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب، ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في إستخلاص كيدية اليمين، فإنه يتعين عليها أن تقيم إستخلاصها على إعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه (١). وإن زوال الصفة في الوفاء بالحق المطالب به مانع من توجيه اليمين الحاسمة حول إثبات الوفاء (٢).

إذا كانت محكمة أول درجة لم تقل كلمتها في طلب توجيه اليمين وإنشبت خبيراً في الدعوى بما يمكن إعتباره رفضاً ضمناً لهذا الطلب، فإن ذلك لا يمنع من التمسك به أمام محكمة الإستئناف (٣).

ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف (١١٦م).

أثر كذب اليمين الحاسمة :

٣٥٦- نصت المادة ١١٧ من قانون الإثبات على أنه يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو وردت عليه. على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على هذا الحكم الذي صدر ضده.

إن مناط عدم جواز إستئناف الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون الخصم الموجهة إليه قد حلفها أو نكل عنها طبقاً للقانون (٤).

(١) نقض جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠ - مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ٢٩٩ ص ٨٢ - ونقض - جلسة ١٩٤٩/٤/٧ - المرجع السابق - قاعدة ١٠٤ - ص ٨٢.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - ص ٤٥٥ - ونقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/٧ - المرجع السابق - ص ١٥٨١.

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/١١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٦٨٥.

(٤) نقض - جلسة ١٩٤٤/٦/١ - مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ٤٠٣ - ص ٨٢.

وكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون لو يردھا على خصمه ،
وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه (١١٨م) .

صيغة اليمين الحاسمة ، وشروطها وإجراءات حلفها :

٣٥٧- نصت المادة ١١٢ من قانون الإثبات على أنه يجب على من
يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد إستحلافه عليها
وينكر صيغة اليمين بعبارة واضحة .

والمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه
بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها (١٢٣م) .

فإذا ما وجهت اليمين الحاسمة بصيغة معينة ، فإن المحكمة لا تملك
تغيير هذه الصيغة تغييراً يؤثر في مدلولها ومعناها .

وإذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها
بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردھا على
خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً ، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاناً للحلف إذا رأت
لذلك وجهاً ، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر للحضور
لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، بحيث إذا
حضر وامتنع عن حلف اليمين ولم يردھا ولم ينازع أو تغيب بغير عذر عن
حضور الجلسة المحددة للحلف اعتبر ناكلاً ، ومن ثم فيجب في حالة صدور
حكم اليمين في غيبة المكلف بالحلف أن يعلن بالجلسة المحددة للحلف على
يد محضر إعلاناً صحيحاً . أما إذا لم يتم إعلانه بتلك الجلسة فإنه لا يصح
الحكم عليه على اعتبار أنه ناكل عن اليمين (١) .

وإن نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى
ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه بينت في منطوق حكمها صيغة
اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ويتبع ما
نص عليه في المادة السابقة (١٢٥م) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٩ - مجموعة المکتب الفني - السنة ١٢ - من ٦٥٨
ونقض ١٩٣٥/٢/٢٨ - مجموعة ٢٥ عاماً - قاعدة ٤٠٥ - من ٨٢ .

فإذا نازع الخصم في اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه ، فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل في منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهي إليه وأن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه . ولا يجوز إعتباره ناكلاً قبل الفصل في هذه المنازعة^(١) .

وإذا كان لدى من وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور إنتقلت المحكمة أو نذبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٢٦) .

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : (أحلف) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة (م ١٢٧) .

ولن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانتها إذا طلب ذلك (م ١٢٨) .

ويعتبر في حلف الأخرس إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بما (م ١٢٩) .

ويجوز محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب (م ١٣٠) .

(٢) اليمين المتممة :

٣٥٨- تناولت أحكام اليمين المتممة في قانون الإثبات ثلاث مواد هي : ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ .

فنصت المادة ١١٩ على أن للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به .

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل .

فيشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى خالية من أى دليل ،

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - ص ٦٥٨ .

وأن يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الإدعاء قريب الاحتمال وإن كان لا يكتفى مجردة لتكوين دليل كامل فيستكملة القاضى باليمين المتممة ، ولقاضى الموضوع الحرية فى تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعى فى ذلك من كانت أدلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والإطمئنان إليه (١) .

لما كان ذلك . وكانت اليمين المتممة ليست إلا إجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع ، فإن القاضى - من بعد توجيه هذه اليمين - يكون مطلق الخيار فى أن يقضى على أساس اليمين التى أدلت أو على أساس عناصر إثبات أخرى إجمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها . ولا تنقيد محكمة الإستئناف بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتممة التى وجهتها ، ومن ثم فلا تثريب عليها إن هى لم تقض بإلغاء حكم توجيه اليمين المتممة مع إلغائها الحكم الابتدائى الصادر فى موضوع الدعوى وحسبها أن تورد فى أسباب حكمها ما يجعلها تطرح نتيجة هذه اليمين ، ذلك أن الحكم بتوجيه اليمين هو من الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى به الخصومة كلها أو بعضها (٢) .

ولا يشترط فى الدليل الناقص الذى يكمل باليمين المتممة أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن يرى فيها القاضى مجرد مبدأ ثبوت عادى وإن كان يجعل الإدعاء قريب الاحتمال إلا أنه غير كاف بمفرده لتكوين دليل كاف يقنعه فيستكملة باليمين المتممة (٣) .

ولا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر (٤٠م) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ العدد ٣ - ص ١٢٧٦ ، ونقض جلسة ١٩٥١/٤/٥ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ١ قاعدة ٤٠٦ - ص ٣٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ ص ٥٧١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٥٥ .

ولا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا إستحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينه (١٢١م) .

لقاضي الموضوع أن يأخذ بالدليل المقدم له إذا إقتنع به ، وأن يطرحه إذا تطرق إليه الشك فيه ، لا فرق بين دليل وآخر ، إلا أن تكون للدليل حجية معينة حددها القانون ، ذلك أن تقدير الدليل هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، فله أن يعتبر كشف الحساب المقدم في الدعوى دليلاً كاملاً على صحتها أو لا يعتبره كذلك ، ومن ثم فلا تثريب عليه إذا رأى من كشف الحساب المقدم من الطعون عليهم أرجح دليلاً من الطاعن وقضى من ثم بتوجيه اليمين المتممة إليهم لإستكمال إقتناعه .

إن توجيه اليمين المتممة وإن كان إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه وقرئاً على الحقيقة ، إلا أن له السلطة التامة في تقدير نتيجته ، إذ اليمين المتممة دليل تكميلي ذو قوة محددة ، ولأن العبرة أساساً هي بمدى إطمئنانه إلى صحة الواقعة محل النزاع في مجموعها سواء حلف اليمين جميع الورثة - الموجهة إليهم - أو بعضهم .

ذلك أن اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى ، وهذه اليمين وإن كانت لا تحسم النزاع ، إلا أن للقاضي بعد حلفها أن يقضى على أساسها بإعتبارها مكمل لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى . ليبني حكمه في موضوعها أو في قيمة ما يحكم به (١) .

ثانياً - المعاينة :

٣٥٩- كانت المواد من ٢٠٧ حتى ٢١٠ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد إنتقال المحكمة لحل النزاع بقصد معاينته ، ولكن هذه المواد قد

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٢ - م.م. - ف- السنة ٢٤ - ٤٦٣ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - المرجع السابق - من ٣٤٢ .

تناولها الإلغاء الذي نص عليه القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم - ويعد إلغاء قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الذي كان يحيل إلى أحكامه في شأن ما ألغى من أحكام اللائحة الشرعية - تكون أحكام قانون الإثبات في هذا الصدد هي القانون الواجب التطبيق .

وقد نظمت المواد ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أحكام المعايينة .

فنصت المادة ١٣١ على أن للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب أحد قضااتها لذلك .

وتحرر المحكمة أو القاضى محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً .

وإذا حكمت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بإنتقالها إلى محل النزاع ، فكل ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يحتتم عليها أن تقول كلمتها فيه وخاصة إذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقاً بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها (١) .

وإن طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع ، فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لإقتناعها بالفصل فيها (٢) .

إن للمحكمة ، أو لمن تندبه من قضااتها حال الانتقال تعيين خبير للإستعانة به في المعاينة . ولها وللقاضى المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة (١٣٢م) .

(١) نقض - جلسة ١٩٤٥/٢/٨ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ١ قاعدة ٢٨٩ - ص ٨٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ - ص ١١٨٤ .

ونقض - جلسة ١٩٥٥/٢/٣ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ٢٩٠ - ص ٨١ . ونقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٦ - السنة ٢ - ص ٦٥٣ .

ويجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة نوى الشأن وبالطريق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الإنتقال ، وتراعى فى هذه الحالة الأحكام المبينة فى المواد السابقة (م١٣٢) .

ويجوز للقاضى فى الحالة المبينة فى المادة السابقة ، أن يندب أحد الخبراء للإنتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله وتتبع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة (م١٣٤) .

ثالثاً - الخبرة :

٣٦٠- كانت اللائحة الشرعية تنظم - إجراءات وأعمال أهل الخبرة فى المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ ولكن ، هذه المواد قد تناولها القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء ، وأصبح قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - الذى حل محل قانون المرافعات الملغى رقم ١٩٧٧ لسنة ١٩٤٩ - هو القانون الواجب التطبيق فى موضوع الخبرة .

وقد نظم قانون الإثبات الخبرة فى المواد من ١٣٤ حتى ١٦٢ .

وسوف نتناول هذه الأحكام على النحو التالى :

الأصول الإجرائية لندب الخبير :

٣٦١- للمحكمة عند الإقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ، ويجب أن تذكر فى منطوق حكمها :

(١) بياناً دقيقاً للأمورية الخبير والتدابير العاجلة التى يؤذن له فى إتخاذها .

(ب) الأمانة التى يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذى يكلف بإيداع هذه الأمانة والأجل الذى يجب فيه الإيداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

(ج) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير .

(د) تاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة عدم إيداعها

(هـ) وفى حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقاً للإجراءات المبينة فى المادة ١٥١م (١٣٥) .

المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب تعيين خبير آخر أو الإنتقال متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها . وإن فتمتى كان ما أورده الحكم من الأسباب يفيد أنها لم تر حاجة للإلتجاء إلى إجراء آخر فى الدعوى ، فإن الطعن عليه بالقصور يكون على غير أساس (١) .

إن تعيين الخبير فى الدعوى من الرخص المخولة لقاضى الموضوع فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه فى ذلك متى كان رفضه لتعيين الخبير قائماً على أسباب مبررة له (٢) .

وإذا إتفق الخصوم على إختيار خبير أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة إتفاقهم .

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة ، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف فى الحكم .

وإذا كان الذنب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو أحد الخبراء الموظفين ، وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذى عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه حكم المادة ١٤٠ م (١٣٦) .

ولما كانت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء قد بينت الخبراء المقبولين أمام المحاكم بأنهم خبراء الجدول الحاليون وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعى والمصالح الأخرى التى يعهد إليها بأعمال الخبرة ، وكانت إدارة تحقيق الشخصية تدخل فى هذه المصالح - على ما قررتة المذكرة الإيضاحية

(١) نقض - جلسة ١٩٥١/٥/٢ مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ٦ ، ص ٥٩٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - مجموعة للمكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٢٠٣٠ وما بعدها .

للقانون المذكور - فإن ندب محكمة الموضوع خبيراً من هذه الإدارة لفحص البصمات غير مخالف للقانون (١) .

وإذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف بإيداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذى لم يقم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعداء التى أهداها لذلك غير مقبولة (م ١٣٧) .

وفى اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير بكتاب مسجل ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تاذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم (م ١٣٨) .

وإذا كان الخبير غير مقيد إسمه فى الجدول وجب أن يحلف أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - يميناً أن يؤدى عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً (م ١٣٩) .

وللخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفائه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التى أهداها لذلك مقبولة.

ويجوز فى الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة فى حكمها نقص هذا الميعاد ، فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى نذبت أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل ، وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية (م ١٤٠) .

٢- قواعد وإجراءات رد الخبير :

٣٦٢- بينت المادة ١٤١ من قانون الإثبات الحالات التى يجوز فيها رد الخبير - وهذه الحالات هى :

(١) إذا كان قريباً أو صهرًا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٧٥١ .

أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

(ب) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيمياً أو مظلوناً وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

(ج) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد إعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية ، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز (م ١٤١) .

ويحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه وذلك في ثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه (م ١٤٢) .

ولا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد إنقضائه (م ١٤٣) .

ولا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على إختيارهم إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه (م ١٤٤) .

ويحكم في طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بأي طريق . وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه^(١) ولا تزيد على أربع مائة جنيه^(٢) (م ١٤٥) .

٣- قواعد وإجراءات مباشرة الخبير للمأمورية :

٣٦٣- على الخبير أن يحدد لبده عمله تاريخاً لا يجاوز الخمسة عشر

(١) معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩

يوماً التالية للتكليف المذكور فى المادة ١٢٨ وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبر فيها بمكان أول إجتماع ويومه وساعته .

وفى حالات الإستعجال يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة العمل فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر . وعندئذ يدعى الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الإجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل - وفى حالات الإستعجال القصوى يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور فى الحال .

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبر (١) (١٤٦م) .

وإذا لم يثر الطاعن أمام محكمة الموضوع بطلان عمل الخبر لعدم دعوته إياه فإنه لا يقبل منه التحدى بل لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

متى كان المشرع قد نص صراحة على بطلان أعمال الخبر فى حالات حددها فى القانون ، وكان هذا البطلان منصوصاً عليه بلفظه على النحو الوارد بتلك المادة ، فإن الحكم به يكون وجوبياً كلما قام موجبه دون بحث فيما إذا كان قد ترتب أو لم يترتب على إغفال الإجراء ضرر بالتمسك بالبطلان ، وذلك إعتباراً بأن المشرع عندما نص عليه قدر أهمية الإجراء وإفتراض ترتب الضرر على مخالفته (٣) .

ويجب على الخبر أن يباشر أعماله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح (١٤٧م) .

ويسمع الخبر أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع - بغير يمين - أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له فى ذلك (١٤٨م) .

(١) نقض - جلسة ١٢/١/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٢٢ - وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١١/٥/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٩٥٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٧/٦/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٩٢٢ .

وإذا تخلف بغير عذر مقبول أحد من الخصوم جاز للمحكمة بناء على طلب الخبير أن تحكم بغرامة مقدارها أربعمون جنيهاً . وللمحكمة إقالته من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً .

اتخاذ الحكم من أقوال الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى - دون حلف يمين - دليلاً على ثبوت الوقائع الجائز إثباتها بالقرائن ، لا يعيبه (١) .

ويجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر ، كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم (١٤٩م) .

وعلى الخبير أن يقدم تقريراً موقعاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي يستند إليها بإيجاز وبقوة .

فإن كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا واحداً يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه (١٥٠م) .

إن الطعن على تقرير الخبير بأنه بنى ما انتهى إليه من نتائج على أسباب لا أصل لها في الأوراق لا يعد تزويراً ، وسبيل الطعن في إثبات ذلك هو مناقشة تقرير الخبير وإبداء اعتراضاته عليه لا الطعن عليه بالتزوير ، فإذا رفضت محكمة الاستئناف الإستجابة إلى طلب الطاعن إعادة القضية إلى المرافعة للطعن بالتزوير في تقرير الخبير للسبب المتقدم ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (٢) .

٤- إيداع تقرير الخبير ، وتقدير أفعابه :

٣٦٤- يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه ، فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٢ - م.م. ف - ٢٢-٢-١٤٦٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ - للرجع السابق - ٩٦٢-٢ .

(٢) نقض جلسة ١٩٦٧/٤/١٢ . مجموعة الكتب الفني - السنة ١٨ - ص ٨١٢ .

الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى .

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع فى الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل (م١٥١) .

وإذا لم يودع الخبير تقريره فى الأجل المحدد فى الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل إنقضاء هذا الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التى حالت دون إتمام مأموريته .

وفى الجلسة المحددة لتنظر الدعوى إذا وجدت المحكمة فى مذكرة الخبير ما يبرر تأخير منحه أجلاً لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره .

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيهًا ومنحته أجلاً آخر لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت به غيره والزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه .

ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بإبدال الخبير والزامه برد ما قبضه من الأمانة وإن كان التأخير ناشئاً عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة جنيهًا ، ويجوز الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين خبير (م١٥٢) .

وللمحكمة أن تأمر بإستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره إن رأت حاجة لذلك ، ويبدى الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه ، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيداً فى الدعوى (م١٥٣) .

طلب الخصوم مناقشة الخبراء ليس حقاً يتحتم على المحكمة إجابته بل هى صاحبة السلطة فى تقدير ما إذا كان هذا الإجراء منتجاً أو غير منتج (١) .
وللمحكمة أن تعيد للمأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٩٠٦ .

الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق (م ١٥٤).

إن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب تعيين خبير مرجح متى كانت قد وجدت في تقرير الخبير المنتدب ومن القرائن الأخرى ما يكفي لإقناعها بالرأى الذى إنتهت إليه (١) .

لا إلزام على محكمة الموضوع فى أن تجيب الخصم إلى طلب الإستعانة بخبير إستشارى ، إذ الأمر فى إجابة هذا الطلب وعدم إجابته متروك لتقديرها (٢) .

إن ما نصت عليه المادة ٢١٤ مرافعات (ملغى) من تعيين خبير آخر أو ثلاثة خبراء آخرين إنما هو رخصة منحها المشرع للمحكمة ، فلا يعاب عدم إستعمالها . وما دامت المحكمة قد إطمأنت إلى تقرير الخبير الذى عينته فى الدعوى ولم تر لزوماً لتعيين خبير آخر فلا رقيب عليها فى ذلك (٣) .

إن المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب إعادة المأمورية إلى الخبير أو مناقشته متى رأت فى تقريره وفى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها (٤) .

إن للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه فى المحضر (م ١٥٥) .
إن رأى الخبير لا يقيد المحكمة (م ١٥٦) .

أى جدل حول كفاية الدليل هو جدل موضوعى لا يجوز إثارتة أمام محكمة النقض ، طالما أن للمحكمة قد إقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها الخبير بسلامة الأسس التى بنى عليها (٥) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ - ص ٥٩٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٥٥٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٥/١١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٩٥٦ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٤٥ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٩٠٦ .

لمحكمة الموضوع أن تأخذ بتقرير الخبير كله ، كما لها أن تأخذ ببعض ما جاء به وتطرح بعضه ، إذ هي لا تقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه فيه^(١) .

تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه ، هو مما يستقل به قاضى الموضوع^(٢) .

إن محكمة الموضوع غير ملزمة برأى الخبير الذى نديته لإثبات حقيقة الحال فى الورقة المطعون عليها بالتزوير^(٣) .

وتقدر أتعاب الخبير ومصروفاته برأى يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته لو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى .

فإنما لم يصدر هذا الحكم فى ثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها ، قدرت أتعابه ومصروفاته بغير إنتظار الحكم فى موضوع الدعوى (م ١٥٧) .

ويستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ، ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم ، وكذلك على الخصم الذى قضى بإلزامه بالمصروفات (م ١٥٨) .

وللخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه (م ١٥٩) .

ولا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه إيداع الباقي من المبلغ المقدر لخزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير (م ١٦٠) .

ويحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ، ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر التظلم فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام ، على أنه إذا كان قد

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٤ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٧٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٦ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٢٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٣١ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٨٥ .

حكم نهائياً فى شأن الإلزام بمصرفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من
لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات (م١٦١) .

وإذا حكم فى التظلم بتخفيض ما قدر للخبير جاز للخصم أن يحتج
بهذا الحكم على خصمه الذى يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس
أمر التقدير دون إخلال بحق هذا الخصم فى الرجوع على الخبير (م١٦٢) .

أصول قضائية حديثة فى الخبرة :

٣٦٥- محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب تعيين
خبير مرجح ، متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير المنتدب من القرائن
الأخرى ما يكفى لإقناعها بالرأى الذى إنتهت إليه ، وكان لها فى حدود
سلطانها التقديرية أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه طبقاً لما تطمئن إليه
فى قضائها (١) .

محكمة الموضوع غير مقيدة برأى الخبير ، وحسبها أن تضمن حكمها
الرد على ما جاء بتقرير الخبير (٢) .

يجوز للمحكمة أن تستند إلى صورة رسمية من تقرير خبير كان قد
قدم فى دعوى أخرى ، ما دامت الصورة قد قدمت فى الدعوى وأصبحت
بذلك ورقة من أوراقها يتناضل الخصوم فى دلالتها (٣) .

لا يعيب الحكم وقد أخذ بتقرير الخبير المنتدب فى الدعوى ألا يرد
بأسباب خاصة على ما ورد فى التقرير الاستشارى بعد أن أفصح عن أنه لم
يرد فيه ما ينال من صحة تقرير الخبير الذى إطمأن إليه وأخذ به (٤) .

من حيث أنه إزاء عدم دفع أمانة الخبير ، فإنه يتعين لذلك وإعمالاً لنص
المادة ١٢٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ التقرير بسقوط حق

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص ١٥٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٣٢٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٤ - المرجع السابق - ص ٣٧٧ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٥/٢٥ - المرجع السابق - ص ٦٦٩ .

المستأنف فى التمسك بالحكم التمهيدى الصادر بئدب خبير (١) .

إن قضاء الحكم للطعون فيه بأن الورم الذى كان بقدمى المورث لا علاقة له بسرطان الكلية وأنه وليد زلال أو تعب فى القلب دون الإستعانة بخبير من الأطباء ، هذا القضاء بالعلم الشخصى للقاضى غير جائز (٢) .

عمل الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الواقعية فى الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع التى لها سلطة الأخذ بما إنتهى إليه إذا رأت فيه ما يقنعها ويتفق وما إرتأته أنه وجه الحق فى الدعوى ما دام قائماً على أسباب لها أصلها فى الأوراق وتؤدى إلى ما إنتهى إليه (٣) .

لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تر إجابة الطاعن إلى طلب الكشف عليه بمعرفة كبير الأطباء الشرعيين متى وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٧/٤/١٩٦٩ - للرجع السابق - ص ٦٢١ - وديماط الإبتدائية -
جلسة ٢٢/١٠/١٩٧٢ - القضية ٨٦ سنة ١٩٧٠ مدنى مستأنف . وأصول
المرافعات المدنية - للدكتور أحمد مسلم - طبعة ١٩٦٩ - ص ٦٢٧ .

(٢) نقض - جلسة ٢٦/٣/١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - قضاء
مدنى - ص ٣٩٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٢/٣/١٩٨٥ - الطعن ٩٩٦ لسنة ٥٥ ق (أحوال) .

(٤) نقض - جلسة ١٢/٣/١٩٨٥ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٤ ق (أحوال)

نظرية الأحكام الشرعية

- ذاتية الأحكام الشرعية ، والمنهج الشرعى فيها .
- قواعد إصدار الأحكام ، وتصحيحها ، وتفسيرها .
- الأحكام الغيابية ، والحضورية ، والمعتبرة كذلك .
- أصول المرافعات الشرعية فى الإستئناف .
- أصول المرافعات المدنية فى التماس إعادة النظر ،
والنقض .

ذاتية الأحكام الشرعية والمنهج الشرعى فيها

تمهيد :

٣٦٦- بعد أن تسمع المحكمة الشرعية (بأثرة الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية الآن بعد سريان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية وتوحيد جهات القضاء) الدعوى ، ودفاع ودفع طرفيها، وأدلة الإثبات والنفى وفقاً لما شرحناه فى (نظرية الدعوى) و(نظرية الإثبات) ، تصدر المحكمة فيها حكماً، وهذا الحكم هو السند التنفيذي الذى عليه مدار (نظرية التنفيذ) التى يضمها هذا المؤلف .

وكانت اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ تنظم قواعد الأحكام وأنواعها وطرق الطعن فيها فى البابين الرابع والخامس من الكتاب الرابع منها ، فى المواد من ٢٧٣ حتى ٣٤٢ . ولم يبلغ القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من هذه الأحكام سوى إثنتين وعشرين مادة ، هى :

المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٩ الواردة ضمن الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الرابع من اللائحة (قواعد عمومية) .

والمادة ٣٢٨ الواردة فى الفصل الثانى منه (فى الإستئناف) .

والمواد من ٣٢٩ إلى ٣٣٥ الواردة فى كل الفصل الثالث من الباب الخامس (فى التماس إعادة النظر) .

والمواد من ٣٣٦ إلى ٣٤٠ الواردة فى كل الفصل الرابع (فى طلب تصحيح الحكم أو تفسيره) .

والمادتان ٣٤١ و ٣٤٢ الواردتان فى كل الفصل الخامس منه (فى الطعن فى الأحكام ممن تتعدى) .

ومن هذا البيان يظهر أن ما بقى فى الأحكام الشرعية من القواعد بعيداً عن الإلغاء ثمانية وأربعون مادة سوف تكون محل دراستنا فى البابين الأول والثانى .

وفيما خلا ما تضمنته هذه الأحكام الباقية ، فإن إستكمال عناصر البحث يقتضيها الرجوع إلى أصول المرافعات المدنية في شأن باقى قواعد الأحكام العمومية وفى طريق الطعن غير العاديين وهما : التماس إعادة النظر ، والنقض ، أخذاً بحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أولاً - ذاتية الأحكام الشرعية :

٣٦٧- كما إن الدعوى الشرعية ، ولوسائل إثباتها ذاتية خاصة ، وسمات تميزها ، وذلك على النحو السابق إبرازه فى الكتابين الأول والثانى من هذا المؤلف ، فإن للأحكام ذاتية خاصة وسمات مميزة سواء من حيث تعريفها ، أو من حيث أقسامها ، أو من حيث إعتبارها حضورية أو غيابية^(١) وما إلى ذلك مما سينكر من الأصول .

تعريف الحكم الشرعى :

٣٦٨- لم يرد باللائحة الشرعية تعريف للحكم وإن كانت قد بينت أقسامه وقواعده وطرق الطعن فيه .

ولقد تولى الفقهاء تعريفه - فقالوا :

هو ما يصدر من القاضى لإفادة لزوم الحق وثبوته ، كقوله (الزمت) و(قضيت) .

٣٦٩- وينقسم الحكم إلى ثلاثة أقسام : قولى ، وفعلى ، وضمنى .

فالقولى^(٢) نوعان : قضاء إستحقاق ، وقضاء ترك . والأول يكون

(١) أهم المراجع : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ١٧ وما بعدها . ومباحث المرافعات والدعوى الشرعية - للشيخ محمد زيد الإبيانى - ص ٢٧ وما بعدها . والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراءة - ص ١٥ وما بعدها .

(٢) ويطلق صاحبها شرح اللائحة على هذا النوع من الأحكام أيضاً بأنه قضاء قصدى ، إذ هو ما صدر فى أمر قصداً . وأنه يشترط فى هذا النوع تقدم الدعوى متى كانت من حقوق العباد (شرح اللائحة الشرعية للأستاذين قمحة وعبد الفتاح - ص ٤١٩) .

بقولى القاضى (حكمت أو قضيت) ، والثانى يكون بمنع المدعى من المنازعة كمثل قوله (ليس لك حق) أو (أنت ممنوع من المنازعة) .

والفعلى يكون بصدور فعل من القاضى فيما يكون محلاً للحكم ، كتزويج صغير أو صغيرة هو وليها ، وشراؤه وبيعه مال اليتيم وقسمة عقاره فهذا كله يعتبر حكماً ، وهذا النوع لا يحتاج إلى دعوى (١) .

والضمنى هو ما كان المحكوم فيه غير مقصود بذاته ، بل هو داخل ضمن المحكوم به قصدًا ، كما لو شهد إثنان على خصم بحق ، وذكر إسمه وإسم أبيه وجده ، فقضى القاضى بذلك الحق ، وقد تضمن هذا القضاء النسب أيضاً ، مع أن واقعة النسب لم تكن محل الدعوى .

الصورة الأولى التنفيذية والصورة البسيطة من الحكم :

٣٧٠- الصورة الأولى التنفيذية من الحكم الشرعى هى التى يمكن التنفيذ بمقتضاها ، ولكى تكون لها القوة التنفيذية يجب أن تكون مذيلة بصيغة التنفيذ الوارد بالمادة ٣٤٣ من اللائحة الشرعية (٢) والتى خرجت عن دائرة الإلغاء ، لا تعطى هذه الصورة إلا للمحكوم له لكى تكون سنده إلى التنفيذ حين يطلبه .

ولا تتعدد الصورة الأولى التنفيذية (٣) ولكن يجوز الحصول على بدل

(١) وهذا النوع من الأحكام شبيهة بالأوامر الإدارية .

(٢) وهذه الصيغة هى : « يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها . وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً لنصوص اللائحة » .

(٣) إذا تعدد المحكوم له فى قضية واحدة أعطيت لهم صورة تنفيذية واحدة . فإن طلب أحدهم بعد ذلك صورة فلا تعطى له إلا صورة بسيطة برسم - وإذا حكم لكل من الطرفين على الآخر فى خصومة واحدة أعطى لكل منهما صورة تنفيذية (منشور الحاقية رقم ١٦٠٥ الصادر بتاريخ ١/٢٣/١٩١١) - هذا ولا تعطى الصورة التنفيذية من الأحكام الحضرية الابتدائية إلا بعد مضي ميعاد الاستئناف ما لم يكن التنفيذ للوقت مأموراً به فى الحكم أو منصوصاً عليه فى اللائحة - أما الأحكام الغيابية فلا تعطى صورة تنفيذية منها إلا بعد إعلان الحكم إعلاناً بسيطاً ومضى ثمانية أيام على الأقل . ما لم يكن التنفيذ للوقت واجباً (منشور الحاقية-

فانقد منها - متى تبين فقد الصورة الأولى ، بشرط أن يسبق ذلك تكليف المحكوم عليه بالحضور وأخذ معلوماته إن أمكن (١) .

وتقتضى المادة ٣٥٢ مرافعات ملغى (المقابلة للمادة ١٨٢ مرافعات جديد) بأنه لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا فى حالة ضياع الصورة الأولى ، وقد قصد المشرع من هذا الشرط تفادى تكرار التنفيذ بمقتضى سند تنفيذى واحد وصيانة حق المدعى عليه الذى يكون قد أوفى بالمحكوم به أو بجزء منه وإكتفى بالتأشير بحصوله بخط الدائن على صورة الحكم التنفيذية فلذا نازع المحكوم عليه فى فقد الصورة التنفيذية الأولى ، فإنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات (٢) ، كل ذلك ما لم تكشف ظروف النزاع أن الخصومة والحوار القضائى بين الطرفين قد بلغ من الحدة حدًا يكشف عن عدم جدية المنازعة (٣) إعطاؤه لأى شخص بعد أداء الرسم المقرر ، ما لم يكن الإستلام بقصد أما الصورة البسيطة من الحكم فتكون خالية من الصيغة التنفيذية ، ويمكن إعلان الحكم ، فعندئذ لا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ولا يتكرر الإعطاء لهذا الغرض إلا عند الضرورة .

وقد قضى فى طلب الحكم بإستلام صورة ثانية من حكم نفقة ...

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٩ قضت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بالتصريح لها بإستخراج وتسليم صورة تنفيذية ثانية من حكم النفقة

= فى ١٩١١/٤/٢٢ والحكم الصادر برفض الدعوى لا يذيل بالصيغة التنفيذية إذ لا محل لتنفيذه (كتاب الحقانية رقم ٤٤١ لمحكمة طنطا الكلية بتاريخ ١٩١٣/١/١٨) .

(١) منشور الحقانية رقم ٢٧٩٥ فى ١٩١٠/٦/٧ ، وقواعد المرافعات للأستاذ العشماوى وزميله - جزء ٢ - طبعة ١٩٦٢ . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١ - مجلد ١ - ص ٤٢٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٩/٥/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى وأحوال - العدد ٢ - ص ٧٩١ .

(٣) دمياط الابتدائية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١ - الدائرة الأولى الشرعية - القضية ١٥٠ سنة ١٩٧٤ - أحوال نفس مستأنف .

المذكورة للتنفيذ بها بدلاً من الصورة المفقودة ، والرزمة المدعية بالمصاريف^(١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ١٨٣ مرافعات تشترط لجواز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم المحكوم له ، ضياع الصورة الأولى التنفيذية - وإذ أذنت المحكمة بتسليم صورة ثانية تنفيذية لكون أن تكشف مدونات حكمها عن الوجه الذي إستخلصت منه ضياع الصورة التنفيذية الأولى ، ومن غير أن تتحقق من فقدانها ، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور.

وقضى أيضاً فى دعوى إبتغت للدعية بها الحكم بأحقيتها فى تسلم صورة ثانية من الحكم الصادر لها على المدعى عليه بنفقتها ونفقة صغيرة لها فقدت منها الصورة الأولى ...

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢ حكمت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بتسليمها صورة ثانية من حكم هذه المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١٢/١١ فى القضية رقم ٢٢٣ سنة ١٩٧٢ أحوال شخصية إيتاى البارود نفس للتنفيذ بها من أول يناير سنة ١٩٧٤ والرزمة المصاريف^(٢) .
ويؤخذ على هذا الحكم :

١- أنه لما كان لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم الذى يطلبها إلا إذا أثبت هو فقد الصورة الأولى ، لأنه هو الذى يدعى واقعة الفقد فيتحمل عبء إثبات ما يدعيه ، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ، وإذ كان الحكم لم يتحقق من فقد الصورة التنفيذية الأولى وإعتبر فقدانها ثابتاً بما قرره المدعية نفسها فى صحيفة الدعوى من ضياعها وعدم قيام دليل ينقض هذا الإدعاء ، فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب .

٢- أنه لما كانت المنازعة المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند

(١) بندر الزقازيق - جلسة ١٩٧٥/١١/٩ - القضية رقم ١٨٦ سنة ١٩٧٥ أحوال شخصية نفس .

(٢) إيتاى البارود - جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ - القضية ٢١٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

ضياح الأولى لا تمتد إلى ذات الحق موضوع الحكم المطلوب صورته ، وإنما هي قاصرة على المنازعة في التسليم ، فإن الحكم إذ واجه في قضائه تحديد بدء التنفيذ بالصورة التي رخص بها للمدعية يكون - فضلاً عن قضائه بما لم تطلبه المدعية - قد خالف القانون .

ومن حيث أنه لما كانت المادة ١٨٢ مرافعات تقضى بعدم جواز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياح الصورة ، وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياح الصورة الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر ، ذلك أن قلم الكتاب لا يملك إعطاء صورة تنفيذية ثانية إلا بناء على حكم (قواعد المرافعات - للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوي - جزء ٢ - طبعة ١ - ص ١٠٦٢ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١ - مجلد ١ - ص ٤٢٤) ، فقد تفادى المشرع تكرار التنفيذ بمقتضى سند تنفيذي واحد صيانة للحق المدعى عليه الذي قد يكون أوفى بالمحكوم به أو بجزء منه وإكتفى بالتأشير بحصوله بخط الدائن على الصورة التنفيذية ، فإذا نازع المحكوم عليه في فقد الصورة التنفيذية الأولى ، فإنه يقع عليه عائق عبء إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات (نقض - جلسة ١٥/٥/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني وأحوال - العدد ٢ - ص ٧٩١) كل ذلك ما لم تكشف ظروف النزاع أن الخصومة والحوار القضائي بين الطرفين قد بلغ من الحدة حداً يكشف عن عدم جدية المنازعة . (دمياط الابتدائية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ٢١/٦/١٩٧٥ - القضية ١٤٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مستأنف) .

ثانياً - المنهج الشرعي في الأحكام :

٣٧١- تقضى المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية بأن الأحكام تصدر وفقاً لما هو مدون باللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد (١) .

(١) ذلك أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال -

ومرد إنحصار القضاء فى المذهب الحنفى ، أن هذا المذهب كان « سائدًا فى مصر منذ عام ١٩٢٣ لتبعية الدولة العثمانية ، فقد كان هذا المذهب يتسم بفروع ثلاثم إتجاه الحكام العثمانيين بالنسبة لنظام الحكم ، إذ كان يجيز تقليد الإمام غير القرشى ، وعدم ضمان ولى الأمر فى التعزيز ، والترخيص له بأن يأخذ الأموال قهراً لتقوية الجيش ، ويعدم تملك الأرض الموت إلا بإذنه ، والترخيص له بتأجير الأرض الخراجية رغمًا عن صاحبها لاستيفاء الخراج .

ولما كان الأخذ بالمذهب الحنفى لا يحقق سعادة الناس فى كل الأحوال ، وكان من الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الإجتماعية كلما إستعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجاً من الضيق وفرجاً من الشدة (١) . ومن أجل هذا أخذ المشرع ببعض المذاهب فى كثير من القوانين .

ولذلك كان المنهج الشرعى فى الأحكام الشرعية يقوم على الأصول التالية :

الأول - أن الأحكام الواردة باللائحة الشرعية هى التى تتبع بصفة أساسية .

الثانى - أن المرجع فى المذهب الحنفى هو الذى يتبع فيما عدا ما يلى :

- الشخصية وتصدر الأحكام طبقاً لما هو مدون بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة أو لما ورد بالقوانين الخاصة . فإنما خلت تلك القوانين من قواعد خاصة . وجب الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة (نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى وأحوال - ص ٧٨٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الثالث - أن الأحكام الواردة في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ -
الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - والتي إستقاهها
المشرع من بعض المذاهب الأخرى ، هي التي تتبع دون غيرها .

الرابع - أن الأحكام الواردة في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - الخاص
ببعض أحكام الأحوال الشخصية - والتي إستقاهها المشرع من بعض
المذاهب الأخرى ، هي التي تتبع دون غيرها .

الخامس - أن الأحكام الواردة في :

(١) القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث .

(٢) والقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوقف .

(٣) والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية .

هي التي تتبع في تلك المسائل دون سواها .

الباب الأول

الأحكام الشرعية

الفصل الأول

قواعد إصدار الأحكام الشرعية ،

وتصحيحها ، وتفسيرها

٣٧٢- القانون الواجب التطبيق بالنسبة لقواعد إصدار الأحكام الشرعية ، وتصحيحها ، وتفسيرها هو قانون المرافعات المدنية إعمالاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، لأن المواد التي كانت تنظمها في اللائحة الشرعية قد تناولها القانون المذكور بالإلغاء (١) .

ولقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن المرافعات المدنية الجديد .

إصدار الأحكام في المواد من ١٦٦ حتى ١٨٣ منه .

وتصحيح وتفسير الأحكام في المواد من ١٩١ حتى ١٩٣ منه .

أولاً - قواعد إصدار الأحكام :

٣٧٣- الحكم هو القرار الذي تصدره محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصوصية رفعت إليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادراً في

(١) يراجع في ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص ٢٩١ وما بعدها . وكتابه : نظرية الأحكام - ص ٧٣ وما بعدها ، وأصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - والوسيط في شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزي سيف - ص ٦٦٦ وما بعدها ، وتقتين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء للأستاذ محمد كمال عهد العزيز ، ص ٢٠٩ وما بعدها ، والوجيز في مبادئ القضاء المدني - للدكتور وجدي راغب - المرجع السابق - ص ٤٤٦ وما بعدها .

موضوع الدعوى أو فى شق منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، فإذا تضمن الحكم ما يفيد صدوره من أربعة مستشارين بدلاً من ثلاثة ، يترتب عليه بطلانه ، لتعلق التشكيل بأسس النظام القضائى (١) .

وتكون المدالة سراً بين القضاة مجتمعين .

والمدالة هى المشاورة بين أعضاء المحكمة فى منطوق الحكم وأسبابه بعد إنتهاء المرافعة وقبل النطق به (٢) .

ومع ذلك فإن تضمين الحكم بيان أنه صدر بعد المدالة أمر لم يوجب القانون وكل ما فرضه القانون هو وجوب صدور الحكم بعد المدالة والأصل فى الإجراءات إنها روعيت وعلى من يدعى خلال ذلك إقامة الدليل عليه (٣) .

كما يعتد فى تكييف الحكم بطبيعته وفقاً لنصوص القانون (٤) .

كما يكون الحكم فى موضوع الدعوى مشتتاً على قضاء ضمنى فى الاختصاص النوعى (٥) .

ولا يترتب أى بطلان إذا أغفلت المحكمة وصف الحكم فى منطوقه بأنه حضورى أو غيابى ، إذ العبرة بحقيقة الواقع المستند من أوراق الدعوى (٦) .
كما لا يعتد بوصف المتدخل فى الإستئناف بأنه يتدخل تدخلاً إنضمامياً إذا كان تدخله فى حقيقته إختصاصياً (٧) .

(١) نقض - جلسة ١٨/٥/١٩٧٢ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ٩٥٩ .

(٢) نظرية الأحكام - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ٨٢ .

(٣) نقض - جلسة ٢٤/١٠/١٩٦٦ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٧٠٨ .

(٤) نقض - جلسة ١٦/٢/١٩٦٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٨٧ .

(٥) نقض - جلسة ٧/١٢/١٩٦٦ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٨٠٢ .

(٦) نقض - جلسة ٢٨/٥/١٩٦٦ - المرجع السابق - ص ٤٥٢ . ونقض - جلسة ٢٠/٢/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ، ص ٢٦٨ - ونقض - جلسة ٩/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ ، العدد ٢ - ص ٨٢٨ .

(٧) نقض - جلسة ١٩/٥/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٨٩ .

وإن الأسباب تكمل المنطوق (١) .

وتعتبر المسائل المتعلقة بالنظام العام مطروحة على المحكمة دائماً بغير حاجة إلى الإدلاء بها من جانب الخصوم ، وإن تكييف الدعوى بكيفية الصحيح أمر يتعين على القاضي أن يقوم به من تلقاء نفسه (٢) .

ويجوز تعديل الطلبات حتى قفل باب المرافعة شفاهة أو بإنهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات بشرط إطلاع الخصم الآخر على هذا التعديل (٣) .

وإذا لم يقدم الخصم مذكراته في الميعاد الذي حددته المحكمة بعد حجز القضية للحكم . فلا تثريب على المحكمة إذا رفضت بعدئذ طلب مد أجل الحكم لتقديم المذكرة (٤) ، ولا يعد إخلالاً بحق الدفاع إستبعاد مذكرة قدمت بعد الميعاد (٥) .

وإن القاعدة المقررة في المادة ١٥٥ من الدستور أن يصدر الحكم بإسم الأمة ويترتب على مخالفتها بطلان الحكم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (٦) ، ومع ذلك فإن خلو الحكم مما يفيد صدوره بإسم الأمة أو الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته ، ذلك أن نص الدستور على أن تصدر الأحكام وتنفذ بإسم الأمة أو الشعب يفصح عن أن هذا الصدور في ذاته أمر مفترض بقوة الدستور نفسه وأن يراد ذلك بورقة الحكم ليس إلا عملاً مادياً لاحقاً كاشفاً عن ذلك الأمر المفترض وليس منشئاً له (٧) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/٩/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٢٣٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٢ - المرجع السابق - ص ٦٧٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - ونقض - جلسة ١٩٧٠/٦/٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٩٦١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ - المرجع السابق - ص ٩٢٨ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٧٢/٦/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ٢ - ص ١١٢٨ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦ - المرجع السابق - العدد ٣ - ص ٤١١٥ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٧٤/٤/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٣ .

(٧) نقض - جلسة ١٩٦١/٥/٤ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٤٥٣ .

ويعتبر أمر تقدير آتاعاب المحاماة الصادر من مجلس نقابة المحامين بمثابة حكم صادر فى خصومة (١) .

وأن تحديد ماهية الحكم منوط بقانون الدولة التى يراد التمسك فيها بالحكم وأن القاضى هو الذى يحدد بنىان الحكم الذى أصدره (٢) .

ولا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً (١٦٧م مرافعات) .

وأن العبرة بزوال ولاية أحد رجال القضاء فى المحكمة المنقول منها هى بإبلاغه رسمياً من وزارة العدل بالقرار الجمهورى بنقله (٣) .

إن تقديم شهادة من قلم الكتاب بأن الهيئة التى أصدرت الحكم هى بذاتها التى سمعت المرافعة لا يصلح كدليل لنفى ما ورد فى محضر الجلسة على خلاف ذلك (٤) .

ذلك أنه يجب أن يتضمن الحكم بيان المحكمة التى أصدرته وتاريخ ومكان إصداره وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وإشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته ، وأن إغفال بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلانه (٥) .

ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً (١٦٧م مرافعات) .

(١) نقض - جلسة ١٩/١/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٥ .

(٢) نقض - جلسة ٢٨/١/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٧٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٤/١/١٩٦٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٤٧ ، ونقض - جلسة ٢٠/١/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٧٦ .

(٤) نقض - جلسة ٧/٥/١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - ص ٢٤٢ .

(٥) نقض - جلسة ١٨/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٩٥٩ . والأصل فى ثبوت تجاوز أو عدم تجاوز المحكمة مرات مد لجل الحكم التى حددها القانون دون إعتبار لما ثبت فى جدول المحكمة خلافاً لذلك (نقض - جلسة ١٧/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٥٥) .

فحتى يعتبر الحكم باطلاً يشترط أن يكون قد بنى على ما قاله الخصم
فى غياب خصمه أو بنى على الأوراق المقدمة من أحدهم دون إطلاع الآخر
عليها ، فهنا يتحقق الإخلال بحقوق الدفاع (١) .

وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء ، فإذا لم تتوافر وتشعبت الآراء لأكثر من
رايين وجب أن ينضم الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذى يضم أحدث القضاة
لأحد الرايين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً وذلك بعد أخذ الآراء مرة
ثانية (م ١٦٩) .

ويجب أن يحضر القضاة الذين إشتراكوا فى المداولة تلاوة الحكم ، فإذا
حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم (م ١٧٠) .

ويتعين أن يبين فى ذات الحكم أن القاضى الذى لم يحضر النطق به قد
إشترك فى المداولة فيه ووقع على مسودته وإلا كان باطلاً (٢) .

إن تخلف أحد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به
بسبب قهرى تعين توقيعه على مسودة الحكم المشتملة على منطوقه
وأسبابه ، وأنه يجب أن يثبت فى الحكم حلول غيره محله وقت النطق به ،
وأنه يترتب البطلان على مخالفة ذلك (٣) .

ويجب توقيع الرئيس والقضاة على مسودة الحكم المشتملة على
أسبابه ، وليس بالأزم أن تتعدد توقيعاتهم بتعدد أوراق المسودة (٤) .

إنه وإن كان الترتيب الطبيعى للفصل فى المنازعة أن تفصل للحكمة أولاً
فى النزاع القائم حول إختصاصها بنظر الدعوى ، فإذا إنتهت إلى

(١) نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ - م ٥٤١ ، ونقض -
جلسة ١٩٦٤ / ١٢/٣ - المرجع السابق - م ١٨٨ ونقض - جلسة
١٩٦٧/٢/١٨ - المرجع السابق - السنة ١٨ - م ١٢٠ . ونقض - جلسة
١٩٦٩/١٢/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - م ١٢٠٢ . ونقض - جلسة
١٩٧٠/١١/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - م ١١٢٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/٧ - المرجع السابق - السنة ١٥ - م ٦٤٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٩ - م ١٥٠١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ - المرجع السابق - م ٢٢٨ .

إختصاصها بنظره ، فإنها تفصل بعد ذلك فى موضوع المنازعة ، إلا أن عدم إتباع هذا الترتيب لا يعيب الحكم ، ذلك أن كل ما إشتراطه قانون المرافعات فى المادة ١٣٢ منه أن تبين المحكمة إنا ما رأيت ضم الدفع بعدم الإختصاص للموضوع ما حكمت به فى كل منها على حدة (١) .

ولا تغنى مسودة الحكم عن كتابة نسخته الأصلية ، إعتبار نسخة الحكم الأصلية هى أصل ورقة الحكم ، وأن وجوب إصدار الحكم بإسم الأمة ينصرف إلى نسخة الحكم الأصلية (٢) .

وأنه يجب توقيع أعضاء الهيئة التى أصدرت الحكم على مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه ، ويترتب البطلان على مخالفة ذلك ، وأنه لا يكفى توقيع أعضاء الهيئة على الورقة المتضمنة منطوق الحكم متى كانت منفصلة عن الأسباب (٣) ، والبطلان هنا قائم بسبب متعلق بالنظام العام ، يجوز إبداءه فى أى وقت ، وللمحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها (٤) ، وليس بلامر تعدد توقيعاتهم بتعدد أوراق المسودة ، ولا يترتب البطلان على التوقيع على الورقة الأخيرة المشتعلة على جزء من الأسباب إتصل بالمنطوق (٥) .

أما نسخة الحكم الأصلية فليس مما يبطلها عدم توقيع كاتب الجلسة عليها ما دامت موقعة من رئيس الجلسة (٦) .

ولم ينص القانون على البطلان جزاء لعدم توقيع الدائرة على محضر الجلسة ، وإن لم يبين الطاعن وجه مصلحته فى التمسك به ، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس (٧) .

(١) نقض - جلسة ١٨/٣/١٩٧١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢٥٢ .

(٢) نقض - جلسة ٢٢/٦/١٩٦٨ - المرجع السابق - ص ٣٢٨ .

(٣) نقض - جلسة ١١/٣/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٥٠ .

(٤) نقض - جلسة ١٩/١/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٢١١ .

(٥) نقض - جلسة ١١/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٨٧٢ .

(٦) نقض - جلسة ١/٣/١٩٦٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٢٢ .

(٧) نقض - جلسة ٣٠/٤/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٧٦٣ .

ويجوز للمحكمة عقب إنهاء المرافعة أن تنطق بالحكم فى الجلسة ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددها (م١٧١) .

ولا يترتب بطلان متى جاء هذا التعجيل بعد إستيفاء طرفى الخصومة دفاعهما شفوياً ومذكراتهما الختامية (١) .

وإذا إقتضت الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك فى الجلسة مع تعيين اليوم الذى يكون فيه النطق به وبيان أسباب التأجيل فى ورقة الجلسة وفى المحضر ، ولا يجوز إصدار الحكم لها بعدئذ إلا مرة واحدة (م١٧٢) .

ولا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تجب الطلب المقدم إليها بفتح باب المرافعة فى الدعوى ، إذ تصبح إجابة هذا الطلب أو عدم إجابته من الإطلاقات (٢) .

إن مجرد تأجيل النطق بالحكم من يوم إلى آخر لا يمكن أن يبطل الإجراءات ويعد مؤثراً على الحكم الصادر فيها (٣) ، وأن إجابة طلب مد أجل الحكم من الإطلاقات التى لا يعاب على المحكمة عدم الإستجابة إليه (٤) .

وأنه لا يترتب أى بطلان بسبب عدم التوقيع على أسباب التأجيل فى ورقة الجلسة أو فى المحضر (٥) .

وأنه لا يتعين إعلان طرفى الخصومة بقرار المحكمة بعد أجل النطق بالحكم (٦) ، كما أن بيان أسباب تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية ، هو من النصوص التنظيمية التى لا يترتب البطلان على مخالفتها (٧) .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٤/١/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١١٦١ - ونقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ - المرجع السابق - ص ١٢٢٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١١٢١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٩/٧/٣ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١١١١ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٤٧ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/٢ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٢٤٤ .

(٧) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٨ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ١٨٥ .

ولا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم إلا بقرار تصرح به المحكمة في الجلسة ولا يكون ذلك إلا لأسباب تبين في ورقة الجلسة وفي الحضر (م ١٧٣) ، ويجب إخطار طرفي الخصومة للإتصال بالدعوى عند إعادتها للمرافعة ، ووسيلة الإخطار الإعلان القانوني أو ثبوت الحضور وقت النطق بالقرار (١) .

وينطق القاضي بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً (م ١٧٤) .

ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ولو حصلت المرافعة سرية وإلا كان العمل باطلاً (٢) .

ويجب أن تكون الأحكام مبنية على أسباب واضحة وجلية (٣) .

ويجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً ويكون المتسبب في البطلان ملزماً بالتعويضات إن كان لها وجه (م ١٧٥) .

وإذا لم تودع الأسباب يوم النطق بالحكم ، كان معنى هذا أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يتداولوا في أسبابه ويتفقوا عليها وتستقر عقيدتهم على أساس فيها ، فحكمهم إذن يكون قد خلا من هذه الضمانة التي يحرص عليها الشارع ، فهو حكم باطل (٤) .

ويجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة (م ١٧٦) . ذلك أن قضاة المحكمة ليس هو المنطوق وحده ، وإنما هو ذات القول الفصل في النزاع أو في جزء منه ، أي كان موضعه سواء في الأسباب أو في المنطوق (٥) .

(١) نقض - جلسة ١١/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٨٩٠ . وتستقل محكمة الموضوع بتقدير جدية طلب إعادة الدعوى للمرافعة (نقض - جلسة ١١/١١/١٩٧٢ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص ١٢٥٠) .

(٢) نقض - جلسة ٥/٥/١٩٦٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٥٥٧ .

(٣) نقض - جلسة ٣/٦/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٩٧٥ .

(٤) نقض - جلسة ٢٥/٣/١٩٦٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٤٠٩ .

(٥) نقض - جلسة ١٢/١/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٥٩ .

إن ضم دعويين تتحدان سبباً وموضوعاً للحكم فيهما ، الطلب في إحداهما هو ذات الطلب في الأخرى ، إنتهاء الحكم المطعون فيه إلى أن الضم يترتب عليه إندماجهما لا مخالفة فيه للثابت في الأوراق من وحدة الدعويين^(١) . أما إذا كانت الدعويان تختلفان سبباً وموضوعاً ، فإنه لا يترتب على ضمهما إدماج إحداهما في الأخرى . وعلى ذلك يكون تحريك إحداهما - في حالة إتحاد الدعويين - بعد إنقطاع سير الخصومة فيهما شاملاً للقضيتين^(٢) ، كما أن ضم الدعويين المتحدتين من شأنه أن يجعل للمحكمة الحق في أن تتخذ من المستندات المودعة في إحداهما دعامة لقضائه في الأخرى^(٣) .

والتناقض الذي يبطل الحكم هو ما تتعارض فيه الأسباب وتتهاتر وتتماهى ويسقط بعضها بعض بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحمله^(٤) .

ولا تثريب على محكمة الدرجة الثانية إن هي أخذت بأسباب حكم محكمة أول درجة دون إضافة^(٥) ، كما تجوز الإحالة على أسباب الحكم المحال عليه فيما لا يتعارض مع الأسباب التي لوردتها محكمة الاستئناف^(٦) .

فمتى كان صدور الحكم المطعون فيه على خلاف الحكم الابتدائي الذي ألغاه لا يعد من قبيل التناقض في أسباب الحكم الواحد ، وإنما يهدر أسباب

(١) نقض - جلسة ١٧/٢/١٩٦٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٢٣٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٠/٦/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٨٩٨ .

(٣) نقض - جلسة ٢٨/١/١٩٧١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٤٨ .
ونقض - جلسة ١٦/٥/١٩٧٢ - السنة ٢٣ - العدد ٢ - ص ٩٢٦ .

(٤) نقض - جلسة ٢١/١٢/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٣١٠ . وذات الجلسة - ص ١٣٢٨ .

(٥) نقض - جلسة ٥/٥/١٩٦٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٣٠٩ . ونقض - جلسة ١٩/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ١ - ص ٦٧ .

(٦) نقض - جلسة ٩/٦/١٩٦٠ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٤٢٥ ، ونقض - جلسة ١٦/١٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ٣ - ص ١٤٠٩ .

الحكم الابتدائي ويتضمن الرد المسقط لها متى أقام قضاؤه على أسباب تكفي لحمله (١) .

عدم جدوى النعى على الحكم الابتدائي بالقصور إذا كان الحكم الإستئنافي المطعون فيه قد أقام قضاؤه على أسباب تكفي لحمله (٢) .

ولا يعيب الحكم إغفاله ذكر مواد القانون التي طبّقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب إعمالها مفهومة من الوقائع التي أوردها (٣) .

ويجب أن يكون الحكم دالاً بذاته على إستكمال شروط صحته ، بحيث يكون من غير الجائز تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق من طرق الإثبات (٤) .

وليس محكمة الموضوع ملزمة بإيراد بيان مفصل لأوراق الدعوى متى أصدرت حكمها بعد الإطلاع على هذه الأوراق (٥) . على أنه يتعين على المحكمة بحث مجموع المستندات المتعلقة بالنزاع ، ولا يشفع فى ذلك إحالة الحكم فى شأنها دون مناقشة دلالتها (٦) .

إن الأسباب القانونية الخاطئة فى الحكم لا أهمية لها ما دام متفقاً مع

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/١١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٢٨٤ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٤٦٢ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٣/١٧ - السنة ٢٤ - ص ٢٦٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٠/١٢/٨ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٦٣٥ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١١٥٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٤ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ١١٧ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٨٠ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٦٤ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٣٠٦ . ونقض -

جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٨٠٢ . ونقض - جلسة

١٩٧٢/٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٦٨ . ونقض - جلسة

١٩٧٢/٥/١٧ - المرجع السابق - ص ٩٤١ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٥ -

المرجع السابق - ص ١٢١١ .

صحيح القانون (١) ، ولا يعيب الحكم خطؤه فى بيان السنة التى صدر فيها القانون الذى إستند إليه (٢) .

إن الطلب الذى تلتزم للحكمة ببيان سبب رفضها له هو الطلب الصريح الجازم (٣) .

إذا أقيم الحكم على دعامتين ، الأولى صحيحة وحدها وكافية لحمل قضائه ، فإن تعييبه فى الدعامة الثانية - بفرض صحته - يكون غير منتج (٤) .

ولا يعيب الحكم ببعض القرائن أو قيامه بالرد عليها ما دام أنه إنتهى إلى ما قضى به بأدلة تحمله (٥) ولا عليه إن لم يتتبع الخصوم فى

(١) نقض - جلسة ١٩/١١/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٧٣٦ .
ونقض - جلسة ١٢/١/١٩٧٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٢١ - ص ٦٢ .
ونقض - جلسة ١/٢/١٩٧٣ - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

(٢) نقض - جلسة ٣٠/٤/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٨٧٢ .
ونقض - جلسة ٢٠/١/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٧٦ .

(٣) نقض - جلسة ١١/١/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٥٤ . والطلب الجازم هو الذى يقرع سمع المحكمة (نقض - جلسة ١٩/٤/١٩٧١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٦٢ . ونقض - جلسة ٢٥/٣/١٩٧١ - المرجع السابق - ص ٤١١ . ونقض - جلسة ٢٥/٥/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٦٧٤ .

(٤) نقض - جلسة ٢٥/١١/١٩٧٠ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١١٦٢ .
ونقض - جلسة ١٢/٤/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٧٤٧ .
ونقض - جلسة ٢٥/١٠/١٩٧٢ - المرجع السابق - ص ١٢١٦ . ونقض - جلسة ١٧/٢/١٩٧٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٢٥٥ .

(٥) نقض - جلسة ١٣/٢/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٦٤ . وانظر بحثاً فى تسبیب الأحكام ورقابة محكمة النقض عليه للأستاذ أحمد سالم الشورى (القاضى) . المحاماة - السنة ٢٥ - العدد ١ - ص ١٦٩ وما بعدها ، وقد أورد به أن كل دعوى تتألف من جميع ما يثيره الخصوم من أوجه النزاع فى المسائل الواقعية والقانونية وعلى القاضى أن يفصل فيها جميعاً ليتحرى وجه الحق فى أمرها . وللفقهاء فى التمييز بين الأسباب المستندة إلى وقائع الدعوى وتلك المستندة إلى القانون طريقتان : الأولى - تنحصر فى متابعة خطوات القاضى عند نظر الدعوى -

مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ، ويرد إستقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب آثاره ، ما دام قيام الحقيقة التى إقتنع بها وأورد دليلها ، فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (١) .

وتحفظ مسودة الحكم المشتعلة على منطوقه وأسبابه بالملف ولا تعطى منها صور ، ولكن يجوز للخصوم الإطلاع عليها إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية (م١٧٧) .

ويجب أن يبين فى الحكم المحكمة التى أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صائراً فى مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وإشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى أبدى رايه فى القضية إن كان وأسماء الخصوم وإلقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفعات وخلاصة ما إستند إليه من الأدلة الواقعية والحجج ومراحل الدعوى ورأى النيابة ، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه - والقصور فى أسباب الحكم الواقعية أو النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم . كذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم (م١٧٨) .

إذا كان الحكم قد بين فى صدره الهيئة التى أصدرته (٢) ثم نوه فى خاتمته بأن عضو تلك الهيئة الذى لم يحضر تلاوة الحكم قد وقع على

= فيقولون أنه يبدأ بفحص وقائعها وتقرير الصحيح الثابت . ثم يتبع ذلك بإعطاء ما يثبت لديه منها الأوصاف القانونية ثم ينتهى إلى إيقاع الحكم على مقتضى هذا التكليف . ونقض - جلسة ١٧/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١٦٠ - ص ١٦٠ .

(١) نقض - جلسة ٢٠/٤/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٥٠٦ . ونفس الجلسة - ص ٥١٦ . ونقض - جلسة ١١/١/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٦٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٨/٥/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٩٥٩ .

مسودته ، ومن ثم فإن النعى عليه بالبطلان يكون على غير أساس (١) .

ولا يترتب على البطلان على عدم بيان مكان المحكمة التي أصدرت الحكم ما دام إسم المحكمة التي أصدرته مبيناً فيه (٢) .

إن إغفال الحكم في ديباجته ذكر إسم القيم بإعتباره ممثلاً للمحجور عليه ومباشر الخصومة عنه لا يعتبر خطأ جسيماً ينتفى به وجه الحق في التعريف بشخص الخصم وبالتالي لا يترتب عليه البطلان (٣) .

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أنه يجب على محكمة الإستئناف عند الحكم بإلغاء الحكم المستأنف أن تذكر الأسباب التي من أجلها قضت بإلغائه ، أما في حالة الحكم بتعديله فلا ينصب هذا الوجوب إلا على الجزء الذي شمله هذا التعديل فقط ، ويعتبر الجزء الذي لم يشمل التعديل كأنه محكوم بتأييده وتبقى أسباب حكم محكمة أول درجة قائمة بالنسبة له (٤) .

متى كان الحكم قد إلتزم صحيح القانون وينى على أسباب تحمله ، فإنه لا يؤثر في قضائه بعد ذلك إعتناقه تفسيراً معيناً لمادة من القانون (٥) .

ولا يبطل الحكم إذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ما دام أن هذا الخطأ لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي إنتهت إليها (٦) .

إن إغفال الحكم الفصل في أحد الطلبات (٧) لا يصلح سبباً للطعن فيه

-
- (١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ١٢٣ .
- (٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٩٤٣ .
- ونقض - جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٥٥٣ .
- (٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٤١٢ .
- (٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٩٦٤ .
- ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٥٦٤ .
- (٥) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٤٦٢ .
- (٦) نقض - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٢٥٠ .
- ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ١٧٦ .
- ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ - المرجع السابق - ص ٧٨١ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦ - المرجع السابق - ص ١٣٩٨ .
- (٧) فلا يقبل الإستئناف إلا عن الطلبات التي فصل فيها الحكم صراحة أو ضمناً (نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٨٢٠) .

بالنقض إذ علاج هذا الإغفال هو الرجوع إلى محكمة الموضوع لنظر هذا الطلب والحكم فيه (١) ذلك أن هذا الطلب يظل باقياً على أصله معلقاً أمام محكمة الموضوع لنظره (٢) ، وأن خطأ الحكم في بيان رقم الدعوى التي رفع عنها الاستئناف ، خطأ مادي لا يصلح سبباً للطعن بالنقض (٣) .

وجوب بيان أسماء الخصوم وصفاتهم في الحكم ، الخطأ الجسيم والنقص في هذا البيان يترتب عليه بطلان الحكم ، فيأس أحد المستأنفين بيان جوهرى يترتب على إغفاله بطلان الحكم (٤) .

أما النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم الذى لا يكون من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم وإتصاله بالخصومة المرددة في الدعوى لا يبطله (٥) .

إغفال الحكم الإشارة إلى دفاع جوهرى قصور (٦) ، وحسب الحكم الإشارة إلى ما ورد بأقوال الشهود بما ينبى عن مراجعتها ، بغير إلزام بذكر جميع أقوال الشهود (٧) .

ويوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتعلة على

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٨٩٦ .
ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١١٢ . ونقض -
جلسة ١٩٧٢/٥/١٢ - المرجع السابق - ص ٩٦٣ . ونقض - جلسة
١٩٧٣/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٢١٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٣٨ . ونقض -
جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ - ١٦ - ٥١٨ . ونقض - جلسة ١٩٧٣/٢/١ - ٢٤ - ٢١٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٧١٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٨٣٠ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١١ - المرجع السابق - العدد ٢٣ - ص ٨٧٦ . ونقض -
جلسة ١٩٧٣/٢/٨ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٦١ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/٤ - المرجع السابق - ص ١٠٩٣ - ونقض جلسة
١٩٦٨/١٢/٢٤ - المرجع السابق - ص ١٤٧٤ . ونقض - جلسة ١٩٦٤/٥/٧ -
المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٦٤٣ . ونقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/٩ - السنة
١٢ - ص ١١٥٠ .

(٧) نقض - جلسة ١٩٧٣/١/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ٦٢ .

وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ فى ملف الدعوى ، وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة فى القضايا المستعجلة وسبعة أيام فى القضايا الأخرى وإلا كان المتسبب فى التأخير ملزماً بالتعويضات (١٧٩م) .

ولا يبطل الحكم عدم ذكر موطن المطعون عليه متى تضمن تعريفاً بالخصوم تعريفاً نافياً للجهالة مانعاً من اللبس (١) .

لم يتطلب المشرع فيما يتطلبه من بيانات فى الحكم أن يذكر فيها إسم كاتب الجلسة ، الأمر الذى يفيد أن بيان إسم هذا الكاتب ليس أمراً جوهرياً فى نظر المشرع (٢) .

ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن فى الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق (١٨٠م) .

وتختتم صورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أو يذيلها بالصيغة التنفيذية ولا تسلم إلا للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه (١٨١) .

وإذا امتنع قلم الكتاب عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى جاز لطلبها أن يقدم عريضة بشكواه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى أصدرت الحكم ليصدر أمره فيها طبقاً للأوضاع المقررة فى باب الأوامر على العرائض (١٨٢م) .

ولا تسلم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا فى حالة ضياع الصورة الأولى ، وتحكم المحكمة التى أصدرت الحكم فى المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر (١٨٢م) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/١/٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٢٧٨ .

ثانياً - تصحيح الأحكام وتفسيرها

(١) تصحيح الأحكام :

٣٧٤- تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراقبة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة . ذلك أن سلطة المحكمة فى تصحيح ما يقع فى حكمها من خطأ مقصورة على الأخطاء المادية البحتة التى لا تؤثر على كيانه ولا تفقده ذاتيته (١) .

ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح ، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على إستقلال (م ١٩١ مرافعات) .

فإذا كان قضاء الحكم فى منطوقه برفض الإستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف ، على حين أن الإستئناف كان مرفوعاً عن حكمين ، فإن هذا الحكم لا يكون باطلاً وتصححه ذات أسبابه التى أشارت إلى الحكمين وما قضى به فى كل منهما وإلى أنهما فى محلها وإلى رفض الإستئناف موضوعاً (٢) .

ولما كان الإستئناف ينقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الإستئناف ويعيد طرحه عليها مع أسانيده القانونية وأدلته القانونية فإنه يكون لهذه المحكمة بما لها من ولاية فحص النزاع أن تتدارك ما يرد فى الحكم المستأنف من أخطاء مادية وأن تقضى على موجب الوجه الصحيح (٣) .

والمحكمة المختصة بتصحيح الحكم هى المحكمة التى أصدرته سواء

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ٢ - ص ١٠٤٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - ص ٤٨٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ٧٠٠ .

كانت جزئية أم إبتدائية أم محكمة إستئناف ، وعلى ذلك فإذا كان الخطأ الذى شاب الحكم لا يعنو أن يكون خطأ مادياً بحثاً فإنه لا يصلح سبباً للطعن بطريق النقض ، والشأن فى تصحيحه إنما يكون للمحكمة التى أصدرته (١) .

وعدم صحة الرقم المقضى به متى كان مرجعه مجرد خطأ حسابى فسيبيل إصلاحه هو الإلتجاء إلى محكمة الموضوع لا الطعن فى الحكم بطريق النقض (٢) .

وكذلك الخطأ فى عدم ذكر رقم الدعوى المنضمة يعد خطأ مادياً (٣) .

فالأصل فى تصحيح الأحكام أن يكون بطريق الطعن المقررة لا بدعوى مبتدأة وإلا إنهارت قواعد الشئ المحكوم فيه وإتخذ التصحيح تكتة للمساس بحجيته وإستثناء من هذا الأصل وللتيسير أجاز القانون تصحيح ما عساه أن يقع فى منطق الحكم من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت أو حسابية كطلب من أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة (٤) .

ويشترط لإجراء التصحيح أن تكون الأخطاء مادية بحتة أى لا تؤثر على كيان الحكم بحيث تفقده نأيتته وتجعله مقطوع الصلة بالحكم المصحح (٥) .

(٢) تفسير الأحكام :

٣٧٥- يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطق من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع

(١) نقض - جلسة ١٩٥٤/١/٢١ - المرجع السابق - السنة ٥ - ص ٢٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٢/١١/٢٧ - الحاماة - السنة ٣٤ - ص ١٠٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢ - ص ٧١٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٥/٢/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص ٢٥٢ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص ١٤٨ . ونقض -

جلسة ١٩٦٥/٢/٣ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٢٥٢ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٩ - السنة ٢٣ - ص ٧٢٤ .

المعتادة لرفع الدعوى ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متممًا من كل الوجوه للحكم الذى يفصره ، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م ١٩٢) .

ويشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم قطعياً ولو كان وقتياً ، وأن يكون قد شاب منطوق الحكم غموض أو إبهام أو شك فى تفسيره أو يحتمل أكثر من معنى (١) .

ومتى كانت أسباب الحكم المكمل لمنطوقه من الوضوح بما لا يدع مجالاً للغموض فى حقيقة ما قضى به ، فإن النعى على الحكم بالتناقض والغموض يكون على غير أساس (٢) .

الطلب بتفسير ما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو إبهام حتى يمكن الرجوع إلى المحكمة التى أصدرته ، يقدم بالأوضاع المعتادة وغير محدد بموعده يسقط بإنقضائه الحق فى تقديمه . فإذا كان قضاء الحكم واضحاً لا يشوبه غموض أو إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والساس بحجيته ، وإنما يكون السبيل إلى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد بإحدى طرق الطعن القابل لها (٣) .

(٣) إغفال الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية :

٣٧٦- إذا أغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه (م ١٩٣) .

فإذا كانت المحكمة قد أغفلت الحكم فى طلب قدم إليها لأول مرة ولم

(١) نقض - جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ٢٧٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٥٨٢ .

ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٧٣٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص ١٢٣٩ .

تعرض له فى أسبابها ، فإن هذا الطلب يبقى معلقاً أمامها ، وعلاج هذا الإغفال يكون بالرجوع إلى نفس المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه إن كان له وجه ، ومن ثم فهو لا يصلح سبباً للطعن بطريق النقض (١) .

ولا يتقيد اللجوء إلى المحكمة لنظر الطلب المغفل بعمياد معين (٢) .

ولا يجوز الطعن فى الحكم بسبب إغفاله بعض الطلبات لأن الطعن لا يقبل إلا عن الطلبات التى فصل فيها الحكم المطعون فيه صراحة أو ضمناً (٣) ، وإنما يتعين وفقاً لنص المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات السابق (م ١٩٢ مرافعات جديد) الرجوع إلى المحكمة التى أصدرت هذا الحكم لتستدرك ما فاتها الفصل فيه (٤) .

وجوب تسبیب قرار تنحى الولى عن الولاية :

٣٧٦ مكرراً - (١) تقدم الولى الطبيعى بطلب أبدى فيه رغبته فى التنحى عن الولاية

حققت النيابة الطلب ... ثم عرضته على المحكمة بالموافقة على قبول التنحى وتعيين وصية على القصر .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/٢٣ قررت المحكمة قبول تنحى الولى الطبيعى وتعيين ... وصية على القصر (٥) .

ولم تحرر للقرار أسباب ..

ويؤخذ على هذا القرار أن المقرر بنص المادة الأولى من القانون ١٩٩

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٦٣٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ١٢٦٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص ٦٥٢ ، ونقض - جلسة ١٩٥٣/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص ٥٥٦ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدنى وأحوال - ص ٩٦٢ .

(٥) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٤/١١/٢٣ - القضية ١٦٥ سنة ١٩٧٤ أحوال مال ، والقضية ١٦٦ سنة ١٩٧٤ أحوال مال مصر القديمة - جلسة ١٩٧٤/١١/٩ .

لسنة ١٩٥٢ أنه لا يجوز للأب والجد الصحيح أن يتنحى عن الولاية على مال القاصر إلا بإذن المحكمة ، وتوجب المادة ١٠١٨ مرافعات أن تودع قلم كتاب المحكمة أسباب القرارات القطعية فى مواد الولاية على المال والحساب .

والمقصود بقضاء المحكمة ليس هو المنطوق وحده ، وإنما هو ذات القول الفصل فى النزاع أو فى جزء منه ، أيًا كان موضعه ، سواء فى الأسباب أو فى المنطوق (نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - لسنة ٢١ - مدنى وأحوال - ص ١٥٠) .

والحكم (أو القرار) القطعى هو ذلك الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته (نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى وأحوال - ص ٢٦٢) .

وتوجب المادة ١٧٥ مرافعات إيداع مسودة الحكم المشتعلة على أسبابه ومنطوقه موقعة من القاضى عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً - لما كان ذلك وكان القرار لم تودع له أسباب ، فمن ثم كان باطلاً .

(٢) إبتغت المدعية من هذه الدعوى الحكم لها على مطلقها المدعى عليه بنفقة بنتهما (أسماء) من يوم الحكم ، وبإجرتى حضانتها لها ومسكن الحضانة ...

وبجلسة ١٩٧٤/٩/٢ قدم المدعى عليه مذكرة أنكر فيها الدعوى وبإقامته مع والده مقررًا بفقره ...

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٣ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على المدعى عليه بطلباتها فيما عدا أجره المسكن فقد قضى بها من يوم الحكم (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان يجب أن يبين فى الحكم ما قدمه الخصوم من طلبات ودفع أو دفاع وخلاصة ما إستندوا إليه من الأدلة

(١) الشهداء - جلسة ١٩٧٤/١١/١٣ - القضية ٢٨٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى ،
والقضية ٣٢٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى الشهداء .

الواقعية (١٧٨٨ مرافعات) ، فإن الحكم إذا أغفل فى مدوناته بيان ما أورده المدعى عليه فى مذكرته المؤرخة ١٩٧٤/٩/٢ وما قاله فى حق حالته المالية حسبما هو ثابت بمحضر جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

وفى دعوى نفقة زوجية ... ويجلس ١٩٧٥/١١/٢٣ قضت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بأن يؤدى إليها فى كل شهر من ١٩٧٥/٦/١٩ مبلغ أربعة جنيهات لنفقتها بأنواعها الثلاثة ، وبأن يؤدى إليها فى كل شهر من يوم الحكم مبلغ مائة وثمانين قرشاً لطعام وكسوة وبديل فراش وغطاء ولدها منه (ياسسر) والزمّت المدعى عليه بالمصاريف ، ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (١) .

دخلت نسخة الحكم الأصلية من توقيع السيد / القاضى .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ١٧٩ مرافعات توجب توقيع القاضى وكاتب الجلسة على نسخة الحكم الأصلية ، وإذا خلت صورة الحكم الأصلية من توقيع سيادته ، وهو بيان جوهرى ، فإن الحكم يكون مشوباً بالبطلان .

أصول قضائية حديثة فى الأحكام :

٣٧٦ مكرر (١) - ١ - الأصل فى اعتبار الحكم حضورى أو غيابى هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة (٢) .

٢ - مفاد المادتين ٢٨٣ و ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه (٣) .

(١) بندر الزقلايق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ - القضية رقم ٤١٦ سنة ١٩٧٥ أحوال شخصية نفس ، والخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/٩ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ - الطمن ٦ لسنة ٥٩ ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ - الطمن ١٦ لسنة ٥٢ ق .

٢- العبرة بما أثبت بالحكم عند قيام تعارض بينه وبين ما أثبت بمحضر الجلسة (١) .

٤- لا يعيب الحكم إغفال ذكر نصوص المستندات التي إعتد عليها ما دامت مقدمة إلى المحكمة ومبينة في مذكرات الخصوم بما يكفى معه مجرد الإشارة إليها (٢) .

٥- إذا كانت محكمة أول درجة بعد أن سمعت أقوال شاهدى المطعون عليها قد أعادت الدعوى إلى المرافعة رغم أن أجل التحقيق كان ما زال ممتدا ملتفتة عن طلب الطاعن التأجيل لإحضار شهود النفى الذين كانوا قد حضروا بجلسة سابقة ولم تسمعهم المحكمة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عول على البينة المشار إليها وأعرض عن تحقيق دفاع الطاعن ، يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والإخلال بحق الطاعن فى الدفاع (٣) .

٦- لما كانت الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية يجوز الطعن فيها بطريق المعارضة ، فإن عدم إعادة إعلان من لم يعلن لشخصه من المدعى عليهم الغائبين لا يترتب عليه - وعلى ما هو مقرر فى قضاء النقض - بطلان الحكم الصادر فى الدعوى ، وإنما يؤدى إلى مجرد إعتبار الحكم غيابياً فى حقه تجوز له المعارضة فيه أمام محكمة الموضوع ، قاعدة تنظيمية هدف المشرع من ورائها إلى تبسيط الإجراءات والحث على سرعة الفصل فى القضايا ، وليس من شأن الإخلال بها التأثير فى الحكم ، ومن ثم فلا يحق البطلان الحكم الذى أجل النطق به لأكثر مما نصت عليه المادة ١٧٢ مرافعات (٤) .

٧- لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ إلى ١١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد أخذت عن مذهب الإمام مالك ، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما

(١) نقض - جلسة ٢١/٥/١٩٨٥ - الطعن ٦٢ لسنة ٥٢ ق .

(٢) نقض - جلسة ٢٢/٢/١٩٨٢ - الطعن ٧٥٩ لسنة ١٩٤٧ ق .

(٣) نقض - جلسة ٢٥/٢/١٩٨٦ - الطعن ٥٢ لسنة ١٩٥٢ ق .

(٤) نقض - جلسة ١٧/١/١٩٨٤ - الطعن ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ق (أحوال) .

لم يرد به نص صريح فى المواد المشار إليها . وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة ، فيتعين الإلتزام بهذا الشرط وإن لم يرد له نص صريح فى المادة السابعة بعد تعديلها - لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكماً فى الدعوى بأن كل من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام ، فإن الحكم المطعون فيه إذ إتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلاً^(١) .

٨- إذ خالف الحكم نصاً فى القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فقد أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية على القاضى إبطاله وإهدار ماله من حجة^(٢) .

٩- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قوة الشيء المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم وما كان من الأسباب مرتبطباً بالمنطوق إرتباطاً وثيقاً ، وأنه إذ عرضت المحكمة - تزيداً فى بعض أسبابها - إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها أو لم تكن بها حاجة إليها للفصل فى الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه .

١٠ - المقرر بنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق مما مفاده أن التمسك بحجية حكم يقتضى أن يكون هذا الحكم نهائياً لا يقبل فيه بطريق من الطرق العادية .

(١) نقض - جلسة ١١/٢/١٩٨٢ - الطعن ١٢ لسنة ١٩٥٥ ق .

(٢) نقض - جلسة ٢٢/٢/١٩٨٢ - الطعن ٤٦ لسنة ١٩٥١ ق .

الفصل الثانى

الأحكام الغيابية ، والحضورية ، والمعتبرة كذلك

أولاً - الأحكام الغيابية :

٣٧٧- سبق بيان متى يكون الحكم غيابياً ، ومتى يكون حضورياً ، ومتى يعتبر الحكم حضورياً .

وقد حددت المادتان ٢٨٢ ، ٢٨٤ من اللائحة الشرعية - اللتان خرجتا من دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - قواعد الأحكام الغيابية ، فنصت المادة ٢٨٢ منهما على أنه إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون أعذار ولا نصب وكيل .

فالأصل عدم جواز الحكم على غائب ولا له إلا بحضور نائبه حقيقة أو حكماً (كالوصى والوكيل) ومرد هذا الأصل قوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا على كرم الله وجهه حين جعله قاضياً اليمين :

« لا تقضى لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى » (١) .

إلا أن المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية رخصت فى الحكم غيابياً على المدعى عليه الذى أعلن فى الميعاد ، وذلك بعد سماع الدعوى وأدلتها ، من غير أعذار ولا نصيب وكيل ، خلافاً لما كانت توجب اللائحة السابقة الصادرة فى سنة ١٩١٠ التى كانت توجب الأعذار إليه ثلاث مرات قبل نصب وكيل عنه .

ومؤدى نص هذه المادة أيضاً أن يكون المدعى عليه قد تخلف عن الحضور تماماً فى جميع مراحل الدعوى حتى يعتبر الحكم الذى يصدر عليه غيابياً فى حقه .

(١) مباحث المرافعات والدعوى الشرعية ، للشيخ محمد زيد الإياني - ص ١٩٠ .

والأحكام الغيابية - على الوصف المتقدم - هي التي تقبل الطعن فيها بطريق المعارضة .

والحضور والغياب أمران ماديان ولهما وجود خارجي مشاهد ، وليس منهما أمر إعتباري حتى يكون لوكيل المدعية تأول حضوره المادى بالجلسة بأن معناه عدم الحضور لقوله أنه غير حاضر وقد قدم فعلاً بإعتراضه على الصفة (١) وأن العبرة في وصف الحكم بالحضورية أو الغيابية هو بحضور أو غياب المدعى عليه طبقاً لنص اللائحة الشرعية (٢) وتقضى المادة ٢٨٤ من اللائحة الشرعية أنه لا يصح التمسك بالحكم أو القرار في حالة الغيبة إلا بعد إنقضاء الجلسة التي صدر فيها .

فقد جرى عمل المحاكم الشرعية على أنه متى صدر حكم أو قرار في حالة الغيبة ثم حضر المحكوم عليه في الجلسة التي صدر فيها وطلب إعادة القضية إلى الجدول لا يجاب إلى طلبه مع أنه لا يعد غائباً عن الجلسة بل متأخراً عن ميعاد الحضور فقط وبدلاً من إلتهائه إلى طرق الطعن حاضرًا ويعاد نظر الدعوى فلا يعتبر الحكم الغيابي حقاً مكتسباً لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة .

وعلى هذه القاعدة يسقط الحكم الصادر في الغيبة متى حضر الغائب قبل إنتهاء الجلسة ويعتبر كأنه لم يكن ويعاد نظر الدعوى في نفس الجلسة ، فإن كان الخصم الآخر فقد غادر المحكمة يجب تأجيل القضية وإعلانه بذلك من قبل الخصم الذي حضر أخيراً (٣) .

إن المادة ٢٨٤ من اللائحة الشرعية خاصة بالأحكام القضائية- دون القرارات الولائية الصادرة من هيئة التصرفات - وأن الحكم الغيابي لا يعتبر

(١) الأركية للشرعية ، جلسة ١٢/٢٠/ ١٩٤٠ ، القضية ١٩٧٦ - سنة ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ ، أبحاث في الأحكام للشيخ أحمد شاك - ص ١٧٢ و ١٧٣ .

(٢) دمياط الإبتدائية - جلسة ٢٤/٢/ ١٩٦٢ - القضية ٦ سنة ١٩٦٢ أحوال شخصية مستأنف . لم ينشر - والمنصورة الكلية للأحوال الشخصية - جلسة ١/١/ ١٩٦٢ . والقضية ٣٤٧ سنة ١٩٦٢ أحوال مستأنف .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لللائحة انشرعية في صدد المادة ٢٨٤ منها .

حقاً مكتسباً لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة ويسقط من تلقاء نفسه متى حضر الغائب قبل إنتهائها (١) .

وهذا النص عام يشمل جميع الأحكام التى يصدر فى غيبة المحكوم عليه سواء منها ما صدرت بعد إثبات الدعوى فى مواجهته أو إقراره بوقائعها وما صدر بعد إثباتها فى غيبته ، وكون الحكم يعتبر غيابياً أو حضورياً لا يغير هذه الحقيقة - وهو أنه صدر فى حالة الغيبة - وعليه يكون الحكم الذى اعتبر كان لم يكن لإعادة القضية إلى الرول لا وجود له - وقد زال أثره- فلا يجوز إستئنافه (٢) .

ثانياً - الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك :

٣٧٨- تناولت المواد من ٢٨٥ حتى ٢٨٨ من اللائحة الشرعية الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك ، وهذه المواد لم يتناولها الإلغاء الذى جاء به القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

فتمضى المادة ٢٨٥ من اللائحة بأن الأحكام الحضورية هى التى تصدر فى غير أحوال الغياب التى نصت عليها المادتان ٢٨٢ و ٢٨٣ من تلك اللائحة. والحكم الحضورى هو ذلك الذى يسبقه تبادل المرافعة والمدافعة بين طرفى الخصومة إلى أن تتم المداولة بعد حجز الدعوى للحكم .

والحكم الحضورى إما أن يكون حضورياً حقيقة ، وإما أن يكون حضورياً إعتباراً .

والحكم الحضورى إعتباراً هو ذلك الذى يسبق صدوره إقرار بالحق ثم يتخلف المدعى عليه من الحضور ، أو إثبات الدعوى بعد إنكارها ، ثم يتخلف المدعى عليه عن الحضور ، فيوصف الحكم فى هاتين الحالتين بأنه معتبر حضورياً .

(١) العليا الشرعية - جلسة ١/٢١/ ١٩٥٠ . المحاماة الشرعية - العدد ٧٨ - ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢/٢/ ١٩٤١ - المحاماة الشرعية - السنة ١٢ - ص ١٩ وما بعدها .

وهذه الأحكام المتقدمة هي التي نصت عليها المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية ، سبق أن تناولناها عند الكلام على الجواب عن الدعوى (١) وأحكام الحضور والغياب فيها (٢) وذلك في الكتاب الأول من هذا المؤلف (نظرية الدعوى) .

وأما المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية التي تحدثت عن إثبات غيبة الغائب من الخصوم عند التعدد فقد تناولناها بالبحث في الغياب والحضور وعقدنا المقارنة بين أحكامها وأحكام الأعداء التي نص عليها قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة ٨٤ منه ، وحددنا في كل ذلك القانون الواجب التطبيق بالنسبة لكل منها ، وفي الرجوع إليها غناء عن التكرار وكفاية .

وقلنا أيضاً أن التخلف عن الحضور وقت النطق بالحكم لا يترتب عليه شطب الدعوى .

والفرق بين الحكم الحضوري حقيقة والحكم المعتبر حضورياً هو أن في الأول يبدأ ميعاد الطعن فيه بالإستئناف (إن كان قابلاً للطعن فيه) من يوم صدور الحكم أما في الثاني فإن ميعاد الطعن فيه بالإستئناف يبدأ من يوم إعلان الحكم المدعى عليه .

أصول قضائية حديثة في الحكم الغيابي والحضوري :

٣٧٨ مكرراً - ١- الأصل في إعتبار الحكم حضورياً أو غيابياً هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة (٣) .

٢- مفاد المادتين ٢٨٣ ، ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها في مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه (٤) .

-
- (١) تراجع أحكام الجواب عن الدعوى في الكتاب الأول (نظرية الدعوى) .
 - (٢) يراجع : الحضور والغياب . في الكتاب الأول (نظرية الدعوى) .
 - (٣) نقض - جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٨٢ - الطعن ٦ لسنة ١٩٥١ ق (أحوال) .
 - (٤) نقض - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٤ - الطعن ١٦ لسنة ٥٢ ق (أحوال) .

٣- دعوى مطالبة بنفقة زوجية بنوعيتها ..

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ حكمت المحكمة حضورياً إعتبارياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية ٣٥٠ قرشاً نفقة شهرية شاملة ... مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- مخالفة القانون ، إذ وصف الحكم بأنه حضوري إعتباري رغم حضور المدعى عليه وجوابه عن الدعوى وإثباتها في مواجهته وتقرير المحكمة حجزها للحكم في مواجهته ، فيكون ذلك الحكم - إعمالاً للمادة ٢٨٥ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ حضورياً .

٢- قصوره في التسبب إذ إقتصر على بيان وقائع الدعوى وأتوال الشهود والقواعد الشرعية في شأن نفقة الزوجة ، ولم ينزل ما خلص إليه من كل ذلك ووجه ما إستدل به على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، وبني عليه قضاءه فيها .

دعوى نفقة ...

حضر الطرفان .. وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق . حجزت القضية للحكم .. وبجلسة ١٩٧٥/٢/٢ حكمت المحكمة حضورياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

وبجلسة التحقيق المنعقدة يوم ١٩٧٥/٣/٢٣ إستمعت المحكمة لشاهدي المدعية .. ولم يعلن حكم التحقيق إلى المدعى عليه الذي لم يحضر ولم يقدم شهوداً .

وبجلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ حكمت المحكمة معتبراً حضورياً بالنفقة (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت قواعد الحضور والغياب محكومة

(١) الزيتون الشرعية - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ - القضية ٩٤٢ سنة ١٩٧٤ شرعى ،
والقضية ٤٨٠ سنة ١٩٧٤ شرعى الزيتون .

(٢) المنزل - جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ - القضية ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

فى مسائل الأحوال الشخصية بالمواد ٢٨٣ حتى ٢٨٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وذلك بالإعمال للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وكان مقتضى نصوص هذه المواد أن الحكم يكون غيبياً إذا تمت إجراءات الإثبات وأقيم دليل الدعوى فى غياب المدعى عليه ، ولا يعتبر حضورياً إلا إذا صدر فى غياب الخصم وبعد إقراره بالدعوى أو إقامة الدليل عليها فى حضوره - لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الحكم بالتحقيق نفذ من قبل المدعية فى غياب خصمها فإن وصف الحكم بالحضور إعتباراً يكون - فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون جاء متناقضاً مع أسبابه التى أقيم عليها .

٥- لما كان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد ألغى بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ واستبقى من بين ما إستبقاه المواد الخاصة بالأحكام الغيبية والمعارضة فيها ، ونص فى المادة الخامسة على أن : « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها » فقد دل على أنه أراد أن تبقى المعارضة فى الأحكام الغيبية الصادرة فى تلك المسائل محكمة بذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء المحاكم المذكورة وأن تظل اللائحة الشرعية هى الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه والرجوع إليه فى التعرف على أحوال المعارضة وضوابطها ، وكان النص فى المادة ٢٨٦ من اللائحة على أنه : « إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى الإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهة الخصوم ، وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار ، مفاده أن الحكم لا يعتبر حضورياً إلا إذا كان الغياب بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بعد الثبوت عقب الإنكار ، أى إذا كان غياب المدعى عليه إنما جاء بعد قيام الدليل فى وجهه - لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعة قد غابت

طوال جلسات نظر الإستئناف ، مما مفاده أن أدلة الدعوى لم تقدم فى مواجهتها ، فإن الحكم الإستئنافى الصادر غيابياً فى ١٧/٦/١٩٨٤ (مأمورية دمياط) لا يعتبر حكماً حضورياً ، ولا يغير من هذا النظر وجود مذكرات كتابية مقدمة من الطاعة تتضمن دفاعها وردّها على أدلة الدعوى. ذلك أن المرافعة الشفهية - طبقاً لللائحة - هى الأصل ، وليست المذكرات الكتابية سوى وسيلة لضبطها وبيان أوجه الدفاع بما يسهل الرجوع إليها ، وإن كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وقضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الاستئنافى سالف الذكر على سند من أن الطاعة قدمت مذكرة بدفاعها ، فيعتبر الحكم فى حقها حضورياً طبقاً لنص المادة ٢٨٦ ولا تقبل المعارضة فيه إعمالاً للمادة ٢٩٠ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١).

(١) نقض - جلسة ٢٧/٥/١٩٨٦ - الطعن ١٢ لسنة ٥٥ ق (أحوال) - وكنا قد قدمنا هذا الطعن كحام عن الطاعة .

الفصل الثالث

الإلتزام بالمصاريف

القانون الواجب التطبيق فى مصاريف الدعوى :

٣٧٩- بقيت المادتان ٢٨١ و ٢٨٢ من اللائحة الشرعية بعيدتين عن دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والمادة ٢٨١ منها نصت على الإلتزام بمصاريف الدعوى ، بينما نصت المادة ٢٨٢ منها على المعارضة فى تقدير المصاريف .

أما قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد نص فى المواد من ١٨٤ حتى ١٩٠ منه على أحكام مصاريف الدعوى والتدخل والتعويض عن الدعوى الكيدية وتقدير المصاريف والتظلم من أمر تقديرها .

فتقضى المادة ٢٨١ من اللائحة الشرعية بأن :

« يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإذا تضمن الحكم ثبوت حق لكل من الخصوم على الآخر فيما يدعيه كله أو بعضه جاز الحكم بالمقاصة فى المصاريف أو تخصيصها عليهم بحسب ما تراه المحكمة فى حكمها ، (١) .

ونلاحظ أن هذا النص تناول حالة ما إذا قضى فى الدعوى بكل طلبات

(١) فقد قضت المحكمة العليا الشرعية بعدم سماع دعوى المصاريف والأتعاب عن الدرجة الأولى أمامها ابتداء ، وبأن إجابة بعض الطلبات فى الإستئناف وتأييد الحكم الابتدائى فى باقىها مما يجعل الأتعاب تلتقى قصاصاً متى كان المجهودان متكافئين ويقتضى رفض دعوى الأتعاب . أن المطالبة بالرسوم كاملة مما يقتضى رفض الدعوى لأنه ليس من الميسور أن تقف المحكمة على مقدار ما يستحقه الطالب (العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٦/٢٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - ص ٤٠ ، والتعليق على نص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢٠١ - ص ١٠ وما بعدها .

المدعى أو بعضها ، ولم يتناول حالة ما إذا كان المدعى عليه قد سلم بطلبات المدعى أو إذا كان المحكوم له قد تسبب فى إنفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المادة ٢٨٢ من اللائحة والخاصة بالمعارضة فى تقدير المصاريف قد أحوالت على المواد ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ من اللائحة الشرعية وهى مواد ألغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وفى دعوى نفقة زوجية وصغيرة ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله انفصل فى طلب أتعاب المحاماة ، مما كان معروضاً على المحكمة ومن واجبها الفصل فيه - قضاؤه بالمصاريف على سند من المادة ١٨٥ مرافعات ، حالة أن النص الواجب التطبيق هو نص المادة ٢٨١ من اللائحة الشرعية (٢) .

دعوى بطلب تخفيض مقرر ...

وبجلسة ١٩٧٥/١٠/٩ لم يحضر أحد .

قررت المحكمة شطب الدعوى للتخلف والزمّت المدعى بالمصاريف (٣) .

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كان التقرير بشطب الدعوى هو قرار غير منه للخصومة ، فإن المحكمة إذ قررت شطب الدعوى مع إلزام رافعها بالمصاريف ، تكون قد خالفت نص المادة ١٨٤ مرافعات .

لذلك نرى إعمال أحكام قانون المرافعات فيما لم تتضمنه المادة ٢٨١

(١) مركز الزقاق - القضية ٦٩٧ سنة ١٩٧٥ شرعى ، وبليس - القضية ٥٢٩ سنة ١٩٧٥ شرعى ، والقضية ٥١٠ سنة ١٩٧٥ و ١٨ سنة ١٩٧٤ - ٢٦ سنة ١٩٧٤ و ١٣٤ سنة ١٩٧٢ شرعى الخانكة - جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦ ، و ٥٥٩ سنة ١٩٧٣ - ٥٥١ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى أبو قرقاص - ٥٨١ سنة ١٩٧٢ - و ٦٤٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس أبو قرقاص ، و ٨٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مركز دميّط .

(٢) القضية ٥٥١ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى بولاق .

(٣) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١٠/١٩ - القضية ١١٦ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

من اللائحة ، وكذلك فى شأن التظلم من أمر تقدير مصاريف الدعوى أخذاً بمفهوم المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

الأصول القضائية الشرعية فى المصاريف والأتعاب :

١- المطالبة بمصاريف الدعوى تتبع الموضوع الخاص بها فى الإختصاص وفى صفة الحكم من جهة كونه إبتدائياً أو إنتهائياً ، والمنصوص عليه شرعاً أن كل خصم يخسر خصومه ويتضح أنه كان يخاصم بغير حق ، يكون ملزماً بمصاريف خصمه ، والمادة ٢٨١ من اللائحة لم تنشئ هذا الحق ، وإنما نظمت إجراءات طلبه (١) .

٢- إستقرت الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا الشرعية على أن أتعاب المحاماة من المصاريف ، والمصاريف تتبع الدعوى الأصلية فى الإختصاص وفى صفة الحكم الذى يصدر فيها من جهة الإنتهائية وعدمها طبقاً للمادة ٢٨١ من اللائحة (٢) .

٣- إجابة بعض الطلبات فى الإستئناف وتأييد الحكم الإبتدائى فى باقىها مما يجعل الأتعاب تلتقى قصاصاً ، متى كان المجاهدان متكافئين ، ويقتضى رفض الأتعاب (٣) .

٤- الحكم الصادر بتقدير الأتعاب من المحكمة المختصة بإصداره (وهى محكمة الموضوع فى الدعوى الأصلية) يكون نهائياً أو غير نهائى تبعاً للحكم الأسمى - فإذا كان الحكم الصادر من المحاكم الجزئية فى قضايا التنفيذ (بالحبس) أو النفقة ، نهائياً بطبيعته ، أو صار نهائياً كان الحكم بالمصاريف نهائياً تبعاً له (٤) .

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٢٨/٥/٢٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٢٥٢ - ص ٤٩ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٨/١٠/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ١٦٥ - ص ١٦٢ .

(٣) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٢٥١ - ص ٣٩ .

(٤) القامرة الإبتنائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/٢/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٢٥١ - ص ٧٦ .

٢- قواعد مصاريف الدعوى فى قانون المرافعات الجديد :

٣٨٠- نصت المادة ١٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى ، ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل فى حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة .

وإذا تعدد المحكوم عليه جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوى أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل إلزامهم المقضى فيه .

فلا يحكم بمصاريف الدعوى إلا على من خسرها وخاسر الدعوى هو من رفعها أو دفعها بغير حق (١) ووقوف الخصم موقفاً سلبياً فى الدعوى دون التسليم بحق المدعى يوجب إلزامه بالمصروفات (٢) .

ويحكم بالمصاريف على الخصم الذى ألزمه بالحق المتنازع عليه ، أما الخصم المدخل فى الدعوى للحكم فى مواجهته الذى لم يكن له شأن بالنزاع ، فلا يجوز إلزامه بالمصروفات (٣) ، ولا يترتب البطلان على عدم دفع الرسم المستحق على الدعوى لأن تحصيل الرسوم من شأن قلم الكتاب (٤) .

إن المشرع إذ أدخل مقابل أتعاب المحاماة ضمن مصاريف الدعوى التى يحكم بها على من يخسرها فقد دل ذلك على وجوب الحكم بها على المحكوم عليه بالمصاريف (٥) ، ومناطق القضاء بأتعاب المحاماة لمن كسب

(١) نقض - جلسة ١٢/٣٦/١٩٥٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨ - ص ٩٦٧ .

(٢) نقض - جلسة ٢٢/٣/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٤٥٧ .

(٣) نقض - جلسة ٨/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١ - ص ١٢٥ .

(٤) نقض - جلسة ٦/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٥) نقض - جلسة ٢٥/١٢/١٩٥٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٩ - ص ٨٢٩ .

الدعوى أن يكون قد أحضر محامياً للمرافعة فيها (١) .

ونصت المادة ١٨٥ مرافعات على أن للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه ، أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات .

ونصت المادة ١٨٦ مرافعات على أنه إذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بينهما على حسب ما تقدره المحكمة في حكمها ، كما يجوز لها أن تحكم بها جميعها على أحدهما .

فإذا كانت محكمة الاستئناف قد ألزمت كلاً من طرفي الخصومة بنصف المصروفات الإستئنافية نون المصروفات الابتدائية رغم تعديلها للحكم المستأنف فإنها تكون قد جاوزت حدود الحق المخول لها قانوناً (٢) .

ونصت المادة ١٨٧ مرافعات على أنه يحكم بمصاريف التدخل على المتدخل إذا كانت له طلبات مستقلة وحكم بعدم قبول تدخله أو برفض طلباته .

فإذا كان المتدخل في الدعوى ليس له طلبات مستقلة وإنما انضم فيها إلى المدعى فيها فلا يكون ملزماً بأداء رسم الدعوى إلا إذا لم يكن هذا الرسم قد حصل من المدعى (٣) .

ونصت المادة ١٨٨ مرافعات على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بها الكيد .

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن جنيهين ولا تتجاوز

(١) نقض - جلسة ١٣/٤/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - من ٧١٥.

(٢) نقض - جلسة ٢٢/١٠/١٩٥٩ - المرجع السابق - السنة ١٠ - من ٥٨١ .

(٣) نقض - جلسة ٢/١٢/١٩٥٤ - المرجع السابق - السنة ٦ - من ١٩٩ .

عشرين جنيهاً على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدى طلباً أو دفعاً بسوء نية .

إن حق الإلتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما وضع له وإستعماله إستعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة للغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض ، وسواء فى هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه (١) .

ونصت المادة ١٨٩ مرافعات على أن تقدر مصاريف الدعوى فى الحكم إن أمكن وإلا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ويعلن هذا الأمر المحكوم عليه بها ولا يسرى على هذا الأمر السقوط المقرر فى المادة ٢٠٠ (٢) .

فأوامر تقدير المصاريف القضائية المحكوم بها تختلف عن الأوامر على عرائض أحد الخصوم ، بل هى فى حقيقتها مكملية للحكم بالإلتزام ، ومن ثم فلا يكون هناك مسوغ للقول بتطبيق حكم السقوط عليها إذا لم تقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (٣) .

ونصت المادة ١٩٠ مرافعات على أنه يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه فى المادة السابقة . ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وذلك خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر ، ويحدد المحضر أو قلم الكتاب على حسب الأحوال اليوم الذى ينظر فيه التظلم أمام المحكمة فى غرفة

(١) نقض - جلسة ١٠/١٠/١٩٥٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - ص ٥٧٤ -
ونقض - جلسة ٢٧/٥/١٩٦٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٧٨ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ٢٠٠ مرافعات على أن يسقط الأمر الصادر على عريضة إن لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من إستصدار أمر جديد .

(٣) نقض - جلسة ٨/١٠/١٩٥٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٨٤٢ .

المشورة ويعلمن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام .

فالمحكمة التى أصدر رئيسها أمر التقدير هى التى تختص بنظر (المعارضة) فى هذا الأمر (١) بل عليها أن توقف التنفيذ حتى يفصل فى المعارضة فى أمر التقدير بقبولها شكلاً وكونها جائزة أو لا من المحكمة المختصة (٢) .

إذا كان مبنى المعارضة التى فصلت فيها محكمة الإستئناف أن الرسوم قد سقطت بمضى أكثر من خمس سنوات على تاريخ إستحقاقها ، وأن المورث المحكوم عليه بمصاريف الدعوى لم يترك شيئاً ، وأن زوجته المعارضة لا تسأل عن الرسوم إلا بقدر نصيبها فى التركة ، وكانت هذه المنازعة لا تدور حول تقدير قلم الكتاب للرسم الذى يصح إقتضاؤه ، وإنما تدور حول أساس الإلتزام بالرسم ومداه والوفاء به ، فإن الفصل فى هذه المنازعة لا يكون بالمعارضة فى أمر التقدير ، وإنما يكون وعلى ما أنصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بسلوك إجراءات المرافعات العادية لا إجراءات المعارضة - لما كان ذلك وكانت إجراءات التقاضى من النظام العام ، فقد تعين أن تحكم المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، ويجوز إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (٣) .

ومناط القضاء بأتعاب المحاماة التى تدخل ضمن مصاريف الدعوى هو حضور محامى للمرافعة فيها مع كسبها (٤) .

عدم دفع الرسم النسبى لا يرتب البطلان ، ذلك لأن المقرر أن المخالفة المالية فى القيام بعمل إجرائى لا يبنى عليها بطلان العمل ما لم ينص عليه القانون ، وإنما تترتب عليه فقط أن تستبعد القضية من جدول الجلسة (٥) .

(١) نقض - جلسة ١٩/٥/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ١٢١١ .

(٢) نقض - جلسة ١٨/١١/١٩٦٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١١١٣ .

(٣) نقض - جلسة ٣٠/٣/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٦٠٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٣/٤/١٩٧٢ - المرجع السابق - ص ٧١٥ . ونقض - جلسة ٢٢/٢/١٩٧٢ - السنة ٢٣ - ص ١٧٩ .

(٥) نقض - جلسة ١١/٤/١٩٧٢ - المرجع السابق - ص ٦٨٦ . ونقض - جلسة ٥/٢٨/١٩٧٠ - المرجع السابق - ٢١ - ص ٩٢٣ .

إن شرط إستحقاق نصف الرسوم على الدعوى لإنتهائها صلحاً إلا
يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح حكم قطعى فى مسألة فرعية أو حكم
تمهيدى فى الموضوع (١) .

رأى فى أتعاب المحاماة فى القضايا الشرعية :

٣٨٠ مكرراً - راعى المشرع ظروف المتقاضين فى المنازعات الشرعية ،
فحدد لها رسوماً بسيطة .

ولما توحدت جهات القضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ظلت
الرسوم الخاصة بالمواد الشرعية متسمة بتلك الذاتية .

إلا أنه بالنسبة لأتعاب المحاماة المحكوم بها والتي تدخل فى حساب
مصاريف الدعوى ، قد جاوزت تلك الذاتية ، فقد كانت المحاكم الشرعية فى
الماضى تقضى بأجر محاماة (أتعاب محاماة) يتسم بالذاتية التى تتميز بها
الرسوم القضائية على المواد الشرعية - فلما صدر قانون المحاماة رقم ٦١
لسنة ١٩٦٨ أوجب الحكم بأتعاب محاماة لا تقل عن مائتى قرشاً فى المواد
الجزئية وخمسمائة قرشاً فى المواد الكلية .. إلخ (ثم تزيد مقدار الأتعاب) .
وهذه المبالغ تحول فى الغالب بين صاحب الشأن وبين تسليم صورة الحكم
الأولى التنفيذية .

لذلك نرى الإبقاء على ذاتية الرسوم وأتعاب المحاماة بالنسبة للمواد
الشرعية أخذاً بحكمة التشريع ، والالتزام بأمر الشارع .

كما نهيب بالمشرع سرعة إدخال تعديل على قانون المحاماة بما يحقق
هذه الغاية (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٩ - للرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٢٦٢ ، ونقض -
جلسة ١٩٦٧/٣/٢ - للرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٥٧١ .

(٢) ولقد إستجابت وزارة العدل لهذا النداء ، فتقدمت بمشروع قانون يحقق هذه
الغاية.

الباب الثانى

طرق الطعن فى الأحكام الشرعية

٣٨١- على الرغم من أن المادة ٢٨٩ من اللائحة الشرعية قد عدت طرق الطعن فى الأحكام فى أربعة هى :

المعارضة - والإستئناف - والتماس إعادة النظر - وطلب التفسير .

فإن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم يبق من طرق الطعن التى كانت تقضى بها اللائحة الشرعية إلا المعارضة والإستئناف ، ملغياً بذلك المواد من ٣٢٩ حتى ٣٣٥ الخاصة بالتماس إعادة النظر ، والمواد من ٢٣٦ حتى ٣٥٠ المتعلقة بطلب تصحيح الحكم أو تفسيره ، ومبقياً على المواد من ٢٩٠ حتى ٣٠٣ الخاصة بالمعارضة فى الأحكام الغيابية ، والمواد من ٣٠٤ حتى ٣١٧ الخاصة بالإستئناف .

ولما كان تفسير الأحكام قد ورد فى قانون المرافعات المدنية كقاعدة من القواعد فى الأحكام ، فقد تناولناه فى موضعه طبقاً لأحكام قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ إعمالاً لحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . ثم صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى نصت المادة الرابعة من إصداره على إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وطبقاً للمادة ٥٦/١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ طرق الطعن فى الأحكام والقرارات المبينة فى هذا القانون هى :

الاستئناف - النقض - التماس إعادة النظر .

وتتبع فيما لم يرد به حكم خاص فى المواد المدنية القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وكانت المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ قد حددت النصوص واللوائح الملغاة في ظل تطبيق القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ وهي :

١- المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٢- الكتاب الرابع مرافعات المضاف للقانون السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

٣- من قوانين توحيد جهات القضاء القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

٤- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالنفقة .

٥- لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ .

كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

الفصل الأول

الإستئناف

تعريف الإستئناف :

٣٨٢- الإستئناف هو الطريق العادى للطعن فى الأحكام ، الذى نصت عليه المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وكان لزماً إعتبار أحكامها هذه القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإستئناف الأحكام الصادرة فى المسائل الشرعية (الأحوال الشخصية) ، وتحتم لذلك الرجوع إلى أصول تلك الأحكام (١) ، وهو ما إنعقد عليه الإجماع (٢) .

(١) يراجع فى ذلك : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٤٥٣ وما بعدها . والحياة القضائية للشيخ محمد ضاحى - ص٧٤٢ . ومباحث المرافعات والدعاوى الشرعية - الشيخ محمد زيد الإيهانى - ص٤٨٩ و٤٩٠ . والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - للقاضى محمد مود الغرب - ص١٣٥ وما بعدها . والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص٤٠٥ وما بعدها . وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً للمستشار صالح حنفى - ص٤٧ وما بعدها . وإجراءات رفع الإستئناف وقيدته أمام محاكم الأحوال الشخصية للدكتور إيهاب حسين إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ١٠ - ص٤٥٧ وما بعدها . وميعاد الإستئناف أمام محاكم الأحوال الشخصية (القاضى) محمد صدقى العصار - المحاماة - السنة ٣٧ - العدد ١٠ - ص١٢٨٧ وما بعدها . وسلطة محكمة الإستئناف فى وقف النفاذ المعجل للأستاذ محمود كمال للحامى - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٤ - ص٧٩٩ وما بعدها . والمحاماة الشرعية . والمجموعة الرسمية . والمحاماة ومحاضرات لكلية الشريعة للقاضى محمود الغرب - طبعة ١٩٣٧ - ص٢١٨ وما بعدها . ومتشورات الحقانية . والدليل المرشد - للأستاذ محمد الغرب - ص١١٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٧/٣/١٩٦٥ - الطعن ١٤ لسنة ٢٢ أحوال شخصية - للمحاماة - السنة ٤٧ - العدد ٢ - ص٢٨٤ وما بعدها . ونقض - جلسة ٥/٥/١٩٦٠ - الطعن ٢ لسنة ٢٨ ق أحوال شخصية . ونقض - ١٧/٣/١٩٦٦ - الطعن ١٤ -

ولم تضع اللائحة الشرعية للإستئناف تعريفاً^(١) ولكن إلفهاء عرفوه بأنه :

« تظلم من حكم صادر بصورة إبتدائية يرفع إلى محكمة أخرى هي أرقى منها درجة توصلأ إلى إصلاح ما فيه من خطأ » .

فمن العدل أن يتمكن المحكوم عليه من رفع ظلامته إلى محكمة هي أعلى درجة من تلك التي حكمت لكي تعيد النظر فى الحكم ، حتى إذا وجدت أن المتظلم على حق أنصفته وإلا أيدت الحكم المستأنف .

ورافع الإستئناف يسعى مستأنفاً ، والرفوع عليه الإستئناف يسمى مستأنفاً عليه .

وعلى ذلك فإن الإستئناف يعيد الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ، وذلك بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط .

كما أن الإستئناف يعيد النظر فى القضية فيما رفع عنه الإستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة لمحكمة أول درجة وعلى أى دفع أو دليل آخر يقدم فى الإستئناف من قبل الخصوم .

وتقضى المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ومع ذلك يجوز بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الإضافة إليها كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملية للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسباً للمرد على الأسباب أو الطلبات الجديدة .

- لسنة ٢٢ فى أحوال شخصية. ونقض- جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - الطعن ٢ لسنة ٢٧ فى أحوال شخصية. ونقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩ - الطعن ٦ لسنة ٢٧ القضائية. (١) كان الإستئناف فى اللوائح الشرعية السابقة على لائحة ١٩١٠ كان يعرف بالدفع - ولكن اللائحة المذكورة أخذت بالتسمية الحديثة مجازة لقانون المرافعات (الأعلى).

رعد كان قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ ينص في المادة ٢٣٥
فقرة أولى على عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف وعلى أن تحكم
المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

ثم نصت في الفقرة الثانية على أنه - مع ذلك - يجوز أن يضاف إلى
الطلب الأصلي الأجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحق بعد
تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات
بعد تقديم هذه الطلبات .

وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه
والإضافة إليه . وبهذا يكون القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد استحدث
حكماً جديداً يرخّص للمستأنف أن يضيف إلى طلباته طلبات جديدة
يتدارك بها ما فاتته فيما أبداه أمام محكمة أول درجة من طلبات إذا كان هو
المدعى أصلاً حاسماً بهذا النص الجديد الذي جرى به الفقه حول قبول
الطلبات الجديدة في الاستئناف .

واستحدث القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكماً جديداً يجيز لمحكمة
الاستئناف أن تصدر حكماً مؤقت واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو
بتقدير نفقة أو تعديل النفقة التي قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو
النقصان حتى تصدر حكمها النهائي في استئناف الحكم القطعي وفقاً لما
نص عليه في المادة ١٠ (م ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

الأحكام الجائز إستئنافها :

٣٨٣- الأصل أن جميع الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو
الابتدائية جائزة بصفة مطلقة ، وإن أحكام المحاكم الجزئية تستأنف
للمحاكم الابتدائية ، وإن أحكام المحاكم الابتدائية تستأنف لمحاكم الاستئناف .
إلا أن المشرع وضع ضوابط وقيوداً لهذا الإطلاق ، بتحديد نصاب
للاستئناف .

تقضى المادة ٥٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن القرارات الصادرة من
محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة النفاذ ولو مع
حصول استئنافها ما عدا تلك الصادرة في المسائل الآتية :

- ١- الحساب ورفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية .
 - ٢- رد الولاية وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة.
 - ٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية .
 - ٤- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب .
- وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل في الطعن .

كما نصت المادة ٥٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يكون قرار المحكمة نهائى فى تصرفات الأوقاف بالإذن بالخصومة وفى طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد عن ٥٠٠٠ جنيه .

فنصت المادة ٣٠٤ من اللائحة الشرعية على أنه يجوز للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة أن يستأنفوا الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية (١) .

ونصت المادة ٣٠٥ من اللائحة الشرعية على أنه يجوز إستئناف كل حكم أو قرار صادر فى الإختصاص أو فى الإحالة إلى محكمة أخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه كذا يجوز الإستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات .

(١) يوجه القاضى محمود القراي نقداً إلى المادة ٣٠٤ من اللائحة قائلاً إنه يلوح أن وضع هذه المادة غير منسجم لإشتمالها على ما يشبه التكرار بين عبارتى (غير المستثناة بنص صريح ، وعبرة بصفة ابتدائية) . فجميع ما نص على عدم جواز إستئنافه مستثنى بنص صريح فى اللائحة مما يصح معه أن يقال أن حكم المحكمة فيه ليس بصفة ابتدائية ، فيما الفائدة إذن من الجمع بين هاتين العبارتين فى مادة واحدة . ما لم يكن المراد بالأحوال المستثناة بنص صريح هو ما عدا ما نص عليه فى باب الإختصاص (القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - المرجع السابق - ص١٣٥ و١٣٦) محاضراته لكلية الشريعة - ص٢١٩ .

ويستثنى من تلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية بصفة إنتهائية كالمبين فى المادة الخامسة من هذه اللائحة متى كانت صادرة فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماعها أو عدمه ، ولا يجوز إستئناف شئ من القرارات غير ما سبق إلا مع إستئناف الحكم فى أصل الدعوى (١) .

وقرار إعتبار القضية كأن لم تكن ، يعتبر من القرارات التى تستأنف لأنها تمس الحق ، وقد يترتب على القرار عدم سماع الدعوى لمضى المدة الطويلة (٢) .

من النصوص المتقدمة يظهر أن الأحكام والقرارات الجائز إستئنافها هى :

- ١- الأحكام الصادرة فى الإختصاص .
 - ٢- أحكام الإحالة .
 - ٣- الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى بالقبول أو بالرفض والتى تتجاوز نصاب القاضى الجزئى .
 - ٤- الأحكام الصادرة بسماع الدعوى أو بعدم سماعها مع مراعاة الضابط فى النصاب .
 - ٥- الأحكام الصادرة بالنفاذ المؤقت أو برفضه .
 - ٦- الأحكام الصادرة بعد الفصل فى أحد الطلبات - ويشترط لجواز الإستئناف أن يكون الطلب إبتدائياً ، فإن كان إنتهائياً فلا يجوز إستئنافه .
- فقد إعتبر المشرع الدفوع المتعلقة بالإختصاص وبالإحالة من النظام العام ، ولذلك فالأحكام الصادرة فيها تكون قابلة للإستئناف ولو كان

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٥/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ١٠ - ص ٩٢٤ . وعكسه : مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٢/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥ - ص ٤٤٠ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢ - المحاماة الشرعية - العدد ٤٥ و ٦٠ و ٧ - ص ١٦٧ .

موضوع الدعوى نهائياً . وبناء على ذلك فقد قضى بجواز إستئناف القرار الصادر فى الإختصاص أو الإحالة فى دعوى حبس مع أن أحكام الحبس نهائية بطبيعتها (١) .

ويترتب على إستئناف الحكم الصادر فى موضوع الدعوى أن تصبح جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها فى أثناء السير فى الدعوى مطروحة على محكمة الإستئناف ، سواء أكانت تلك الأحكام والقرارات مما لا يستأنف إستقلالاً أو مما يستأنف إستقلالاً ، ولكنها لم يسبق إستئنافها (٢) .

أما بالنسبة للحكم ، أو القرار (٣) الصادر بالتنفيذ المؤقت أو برفض طلب التنفيذ المؤقت - فقد أجازت اللائحة الشرعية فى المادة ٣٠٥ إستئنافها على حدة ، وأوجبت اللائحة كذلك أن تفصل محكمة الإستئناف فى هذا الإستئناف على وجه الإستعجال (٢١٨م) ، وحكمة ذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية لللائحة - أهمية أثر الأمر بالتنفيذ المؤقت أو رفضه فى الأمور المستوجبة للاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر كحالة الحكم ببرد الطفل لحاضنته ، فإذا أخطأت محكمة أول درجة فى هذا الفصل فى هذا الطلب يمكن تدارك الأمر برفع الإستئناف والفصل فيه على وجه الإستعجال .

استحدث القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكماً جديداً يجيز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكماً مؤقتاً واجب التنفيذ بشأن رؤية الصغير أو بتقرير نفقة أو تعديلها التى قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو النقصان حتى تصدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقاً لما نص عليه فى المادة ١٠ (المادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

(١) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢١/١٠/١٩٢١ - المحاماة الشرعية - السنة ٢- ص ٤٦٤ وما بعدها .

(٢) راجع منشور الحاقانية رقم ١١ بتاريخ ١٢/٧/١٩١٨ .

(٣) ويعتبر قرار إعتبار القضية كأن لم تكن من القرارات التى تستأنف ، لأنها تمس الحق وقد يترتب على هذا القرار عدم سماع الدعوى لمضى المدة (مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٢١/٢/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥ - ٤٤٥ - وعكسه : مصر الابتدائية - جلسة ١٩٢١/٥/٢٧ - المرجع السابق - العدد ١٠ - ص ٩٢٤) .

أما إذا انغفلت محكمة أول درجة الفصل في أحد الطلبات كان المتبع في المحاكم الشرعية - قبل صدور لائحة ١٩٣١ - أن يعيد المدعى رفع الدعوى بهذا الطلب وما كان يجوز الإستئناف عدم الفصل في الطلب ، فأجيز إستئنافه بالمادة ٣٠٥ على مبدأ أن الغلط بعدم الفصل في طلب الفصل فيه على وجه غلط ولكيلا يكلف المدعى تكرار الإجراءات بإعادة رفع دعوى به من جديد .

إن نصوص المواد ٢٩٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ من لائحة المحاكم الشرعية تدل على أن المشرع وإن كان قد وضع في المادة ٣٠٤ قاعدة عامة مؤداها أن الأصل هو جواز إستئناف جميع الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الكلية بصفة إبتدائية إلا أنه حدد في المادة التالية هذه الأحكام والقرارات وبينها بيان حصر وأنصح عن أنه لا يجوز إستئناف ما عداها على وجه الإستقلال إلا مع إستئناف الحكم في أصل الدعوى تبسيطاً للأوضاع ومنعاً من تقطيع أوصال القضية .. لما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية ليس من الأحكام التي يجوز إستئنافها على إستقلال وقبل الفصل في أصل الدعوى لخروج التزوير من عداد المسائل التي تقبل الطعن المباشر الواردة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ من لائحة المحاكم الشرعية ، فلا يجوز إستئنافه إلا مع إستئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى وفقاً للفقرة الأخيرة من هذه المادة . ولما كان تعجيل الطاعنين في إستئناف الحكم الصادر في دعوى التزوير قبل ميقاته وبقاؤه دون حسم نظر الإستئناف في الموضوع ، لا يحول دون طرحه تبعاً لإستئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى (١) .

الأصول الشرعية في نصاب الإستئناف ، وجوازه :

٣٨٤ - إن مناط نهائية أو عدم نهائية حكم الفقه - إذا لم تبلغ النصاب أو لم يحكم به طبقاً للمادة الخامسة من اللائحة الشرعية - إنما هو عدم إنكار الزوجية ، أما عند إنكارها ، فيكون الحكم إبتدائياً سواء حكم

(١) نقض - جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ - مجموعة للكتب الفنى - السنة ٢٦ - من ١٠٢٢ .

بالنصاب أم لا ، لأن النزاع فى الواقع إنما هو فى حصول الزوجية أو عدم حصولها (١) .

وبالنسبة لبذل الفرش والغطاء المفروض دفعة واحدة - فقد جرى خلاف بين المحاكم فى جواز الإستئناف فذهب رأى إلى أنه إذا كان المحكوم به بذل فرش وغطاء لمطلقة ، ولم يحكم به عن مدة معينة ، وإنما نص فى الحكم على أدائه دفعة واحدة ، وبما أن المحكوم لها لم تطلب الحكم بقدر معين لبذل الفرش والغطاء المحكوم لها به ، وبما أن الحكم المستأنف بناء على ذلك يكون نهائياً لا يجوز إستئنافه ، لأنه لم يطلب الحكم بأكثر من ثلاثمائة قرش فى الشهر ولم يحكم بأكثر من هذا القدر شهرياً (٢) .

بينما ذهب رأى آخر - إلى أن بذل الفرش والغطاء الذى يفرض دفعة واحدة ، يقبل الإستئناف مهما كان مقداره طبقاً للعموم الوارد فى المادة ٣٠٤ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - هذه الحالة ليست من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ لأن هذه الفقرة إنما هى خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (٣) .

فقد ذكرت الزوجة فى دعواها النفقة على زوجها أن نفقة مثلها خمسة جنيهات مثلاً ، ولكنها طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ولم تعين مقدار ما تطلب الحكم به ، كان المعتبر فى كون هذا الحكم نهائياً أو إبتدائياً هو ما يحكم به ، ولا إعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من أن نفقة المثل كذا حيث لم تطلب الحكم به (٤) .

ليس السبب الوارد بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢٠/١٠/١٩٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥ - ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١/٤/١٩٣١ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٧ - ص ٦٥١ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية ، جلسة ٥/٥/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤ و ٥ - ص ٢٣٧ .

(٤) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢/١٢/١٩٣٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٢٠ - ص ٩٢٧ وما بعدها .

هو الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ، بل السبب هو الأمر الموجب سواء اكان سبباً أم شرطاً - إن نهائية حكم النفقة عن المدة الماضية التى لم يزد مجموع النفقة فيها على عشرين جنيهاً محله إن لم يزد المحكوم به فى كل شهر عن ثلاثة جنيهاً ، ذلك أن الظاهر من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن المشرع قصد من مبلغ العشرين جنيهاً فى المدة السابقة التيسير على الزوج الذى حكم عليه شهرياً بما لا يستأنف ، فحول له حق الإستئناف إذا ما زاد المحكوم به على العشرين جنيهاً فى المدة السابقة ولو كان المحكوم به شهرياً أقل من للنصاب ، أما إذا كان المحكوم به شهرياً يزيد على النصاب فهذا حق ثابت له ابتداءً ، وكذلك يجوز إستئناف حكم النفقة الشهرى لوجود النزاع فى السبب ، لأنه ليس المقصود بالسبب أنوار فى الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون سالف الذكر (السبب الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم) وإنما المقصود منه الأمر الموجب سواء اكان سبباً أم شرطاً (١) .

إن بدل الفرش والغطاء الذى يفرض دفعة واحدة يقبل الإستئناف مهما كان مقداره طبقاً للعموم الوارد فى المادة ٢٠٤ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - هذه الحالة ليست من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لأن هذه الفقرة إنما هى خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (٢) .

وقد قضى (٣) بأن غرض المشرع من القول بأنه إذا زاد المفروض

(١) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٣/٤/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية ٢٢ - العدد ١٠٩١ - ص ٦٤١ وما بعدها - وقنا الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٤/٢/١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ٦٤٤ وما بعدها .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٥/٥/١٩٥٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٤٥٥٦ - ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٢/١٠/١٩٥٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٧٨٩٠ - ص ٤٣٦ . وقد جاء بأسباب هذا الحكم : أن الحكم المستأنف ينحل فى الواقع إلى حكمين أحدهما بزيادة المقرر للتفسير . والثانى بفرض بدل فرش وغطاء له . ومما حكمان مقترقان بالنسبة للنهائية وعدمها ، -

للمصغير على ثلاثمائة قرش صاغ شهرياً يكون قابلاً للإستئناف ، إنما يريد بذلك بداهة أن يكون المفروض بالحكم المستأنف الذى هو معروض أمام الهيئة الإستئنافية لإستئنافه قد زاد عن ذلك غرض النظر عن مقدار ما سبق الحكم به للمصغير من أحكام سابقة .

إذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة لها على زوجها أو مطلقها ولم تطلب مقادير تستأنف ، وتقرر رفض دعواها ، كان هذا القرار يكون (الحكم) نهائياً لا يجوز إستئنافه ، وقد جاء بحاشية العطار على الخبيصى شرحاً لمعنى القضية السابقة صفحة ٢٤٤ ما يأتى : (السلب يصدق حيث لا وجود للموضوع ، لأنه دفع للإيجاب ، وكما أن الإيجاب يرتفع بثبوت

= لكل منها حكم خاص به . فيجب أن ينظر إلى كل منها من هذه الناحية على حدة . ومن حيث أن الحكمين المذكورين نهائيان ، أما بالنسبة لما فرض من الزيادة ، فلأن مجموع الأصل والزيادة لم يجاوز حد النصاب النهائى . لأن جملة ذلك ٣٠٠ قرش صاغ شهرياً للأنواع الأربعة المبينة بالحكم بالتساوى . ولأنه لم يطلب مقدار يستأنف ، وأما بالنسبة لبطل الفرض والغطاء . فواضح أن المحكوم به لذلك لم يجاوز حد النصاب النهائى . كما أنه لم يطلب الحكم بما يستأنف بالنسبة له . ومن حيث أنه ليس من المستسأغ لا عقلاً ولا قانوناً أن يذهب ناهب إلى أن الحكم المستأنف قابل للإستئناف بحجة أن المفروض للمصغير قد زاد عن ثلاثمائة قرشاً شهرياً يكون قابلاً للإستئناف ، إنما يراد بذلك أن يكون المفروض بالحكم المستأنف الذى هو مفروض أمام الهيئة الإستئنافية قد زاد على ذلك بغض النظر عن مقدار ما سبق الحكم به للمصغير من أحكام سابقة عليه ، وواضح أن المفروض للمصغير بالحكم المفروض إستئنافاً إنما هو مبلغ ١٠٩ قرشاً شهرياً ، وهو غير قابل للإستئناف ، والقول بأن غرض الشارع ، هو الرقابة بالمحكوم عليه فيما جاوز ٣٠٠ قرشاً شهرياً يجعل للمحكوم به فى هذه الحالة قابلاً للإستئناف ، يتحقق فيما نحن بصدده - هذا القول مردود لأن نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ صريح فيما ذكرناه . ولأن من المبادئ المقررة والمسلم بها قانوناً أن غرض المشرع لا يصلح تخصيصاً لعموم كلامه . ولأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والقول بغير هذا يؤدى إلى تهافت عجب . فإنه يلزم عليه إذا كان المحكوم به ٥٠ قرشاً لجرأة لحضانة الصغير مثلاً ولم يطلب مقدار يستأنف . لذلك أن يكون هذا الحكم قابلاً للإستئناف إذا كان سبقته أحكام نفقة للمصغير المذكور تزيد على ٣٠٠ قرشاً شهرياً . وهذا منزه عجب لم يقل به أحد ولم نر فيما عرض علينا من القضايا العديدة من أجله وإرضاءه .

نقيض المحمول للموضوع ، كذلك يرتفع بعدم تحقق الموضوع (١) .

٣٨٥- أما الأحكام غير القابلة للإستئناف التى حددتها اللائحة الشرعية - اخذاً من النصوص المتقدمة فهى :

١- الأحكام الصادرة فى الموضوع من المحكمة الجزئية فى حدود نصابها الإنتهاشى (٢) .

٢- الأحكام الصادرة من المحاكم النائية (م ٧ لائحة) .

٣- الأحكام الصادرة من المحاكم الإستئنافية عملاً بقاعدة لا يرد الإستئناف على الإستئناف .

٤- القرارات الصادرة من المحاكم الابتدائية فى الإنز بالخصومة .
وطلب الإستدانة لمبلغ لا يزيد على مائتى جنيه مصرى ، وطلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير والتأجير لمدة طويلة وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى (م ٨ لائحة) .

وذلك كله على التفصيل الذى سقاه من خلال الحديث عن الإختصاص النوعى الشرعى (٣) .

من له حق الإستئناف :

٣٨٦- يشترط فيمن له حق الإستئناف :

١- أن يكون خصماً فى الدعوى أمام محكمة أول ادرجة ، سواء اكان أصيلاً أو وكيلأ أو نائباً عنه .

(١) مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢٠/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٢) فقد قضى بأنه إذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة على زوجها أو مطلقها ولم تطلب مقادير تستأنف . وتقرر رفض دعواها . كان هذا القرار (الحكم) نهائياً لا يجوز إستئنافه (مصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٤ - العدد ٤ و٥٦ - ص ٢٤٥) .

(٣) راجع ما قلنا سلفاً فى هذا الشأن .

٢- أن تكون له مصلحة فى الإستئناف .

٢- أن يكون لهلاً لرفع الإستئناف ، وهى ذات الأهلية التى يقتضيها رفع الدعوى .

٤- أن لا يكون رضى بالحكم ، لأن فى قبوله إياه معنى التنازل عن الطعن ، وقد تعلق به حق الخصم ، وكما يكون القبول صراحة يكون دلالة ، كما لو طلب المحكوم عليه الإمهال من أجل الوفاء دون أن يكون مضطراً إليه بقوة النفاذ المعجل .

٥- أن يكون ما قضى به دون طلباته .

ميعاد الإستئناف :

٣٨٧- تكلمت عن ميعاد الإستئناف المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى نصت على الآتى :

ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً فى المواد المستعجلة (أي كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه .

ونصت المادة ٦١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ٦٠ يوماً لمن لا موطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة .

ونصت المادة ٣٠٩ منها على أنه لم يحصل الإستئناف فى الميعاد المقرر يكون الحكم الابتدائى واجب التنفيذ غير قابل للإستئناف .

ونصت المادة ٢٢٠ منها على أن يرفض الإستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه .

ما الحكم فى استئناف حكم اعتبار المعارضة كأن لم تكن ؟

٣٨٨- ولقد اختلفت وجهات نظر المحاكم الشرعية فى تحديد ميعاد إستئناف الأحكام الغيابية التى عارض فيها المحكوم عليه بعد إعلانه بصورة

(١) مصر الابتدائية الشرعية - جلمة ١٩٤١/٥/١ - للحاماة الشرعية - السنة ١٣- العدد ٢٠٢ - ص ٤٥ .

الحكم التنفيذي واعتبرت معارضته كأن لم تكن (١) .

فذهبت قلة من الأحكام إلى القول بأن ميعاد الإستئناف يبدأ من صدور القرار بإعتبار المعارضة كأن لم تكن ، بمقولة أن المعارضة كانت جائزة إلى اليوم الذي اعتبرت فيه كأن لم تكن ، وهذا القرار وحده هو الذي جعلها غير جائزة ، فميعاد الإستئناف إذن يبتدئ من يوم صدوره لأنه اليوم الذي صارت فيه المعارضة غير جائزة ، وذلك اخذاً من عموم المادتين ٣٠٢ و ٣٠٧ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (٢) .

بينما ذهب أغلبية الأحكام إلى القول بأن ميعاد الإستئناف يبتدئ من اليوم الرابع لإعلان المحكوم عليه بصورة الحكم التنفيذي لأن القرار الصادر بإعتبار المعارضة كأن لم تكن تترتب عليه آثار خاصة ونتائج معينة لا تترتب على القرار الصادر فيها بالقبول أو الرفض ، فهو إذاً مسقط لكل حق إكتسبه المعارض بإعلان معارضته ، وما دامت الحقوق التي إكتسبها المعارض بالإعلان قد زالت وأصبحت المعارضة في الإعتبار القانوني كأنها لم ترفع ، فإن ميعاد الإستئناف يحتسب من اليوم الرابع لإعلان المحكوم عليه بالصورة التنفيذية (٣) .

(١) ميعاد إستئناف الأحكام الغيابية - بحث لأستاذنا فضيلة المرحوم الشيخ عبد الفتاح البانوبى - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ١٠٩ - ص ٤٤٣ وما بعدها . وبحث : ميعاد الإستئناف أمام محاكم الأحوال الشخصية - (للقاضى) محمد صدقى العصار - المحاماة - السنة ٢٧ - العدد ١٠ - ص ١٢٨٧ وما بعدها . والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - للقاضى محمود الغراب - ص ١٣٩ وما بعدها . وأسويط الكلية الشرعية - جلسة ١٠/٩/١٩٤٥ - المحاماة الشرعية - السنة ١١ - ١٩٤٤ - سنة ١٩٤٤ - ص ٣٨٤ .

(٢) القاسرة الابتدائية - (الدائرة ٢٢ أحوال شخصية) - جلسة ١٦/٥/١٩٦٥ - القضية ١٢٨٥ - سنة ١٩٥٦ أحوال مستأنف - لم ينشر . وأسويط الشرعية - جلسة ١٠/٩/١٩٤٥ - السنة ١٧ - العدد ١٠٩ و ١٠٠ - ص ٣٨٤ .

(٣) نقض - جلسة ١٩/١٢/١٩٥٧ - الطعن ٦ لسنة ٢٧/ق أحوال شخصية وإستئناف طنطا - جلسة ٢٣/١١/١٩٦١ - الإستئناف ٢١ لسنة ١٠ أحوال شخصية . وطنطا الكلية الشرعية - جلسة ٢٤/١١/١٩٥٢ - المحاماة الشرعية - السنة ١٥ - ص ٢٦٤ . ومصر الابتدائية الشرعية - جلسة ٢٣/٤/١٩٣٠ - =

وميعاد الاستئناف من النظام العام فجب على المحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها لتصل إلى ما إذا كان الاستئناف مقبولاً شكلاً أم لا (١) .

هل ميعاد الاستئناف ميعاد كامل ؟

٣٨٩- ويلاحظ كذلك - وعلى ما هو مفاد نص المادة ٣٠٧ من اللائحة الشرعية - أن ميعاد الاستئناف هو من المواعيد الكاملة .

إلا أن الخلاف قد ثار بين الشراح من جانب ، وبين المحاكم من جانب آخر حول ما إذا كان ميعاد الاستئناف كاملاً حقيقة ، أم أنه ميعاد ناقص يتعين أن يرفع الاستئناف خلاله .

فهذه رأي - إلى أنه نص القرار على أن المواعيد كاملة بالأيام ، فإنه يجب إتخاذ الإجراء خلال تلك المدة ، بحيث إذا إنقضت أصبح الإجراء متأخراً وغير جائز القبول ، أي أن عدد الأيام يعتبر كاملاً ولا يدخل فيه آخر يوم من الميعاد بل اليوم التالي لإنقضاء الميعاد يكون يوماً يصح العمل فيه ، وهذا يقلب في مواعيد الحضور فهي كلها مواعيد كاملة يجب أن تمشى قبل يوم الجلسة ، بعكس المواعيد التي يجب العمل فيها قبل فواتها وهي لذلك مواعيد ناقصة لأنه يجب أن يقدم الطعن في آخر يوم منها على الأكثر.

بينما ذهب رأي آخر - إلى القول بأن هذا الميعاد يكون كاملاً بأن يستبعد اليوم الذي حصل فيه الإعلان ، وكذلك اليوم المقتضى إجراء العمل فيه كحضور جلسة مثلاً .

إلا أنه - في أصول المرافعات الشرعية - فإن الأمر بالنسبة لميعاد الاستئناف مختلف تماماً ، ذلك لأن المشرع قد نص صراحة على إعتبار الميعاد كاملاً خلافاً للمتنصوص عليه في أصول المرافعات المدنية ، ومن ثم فقد تعين في ميعاد الاستئناف في القضايا الشرعية (أي قضايا

- الحماية الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥ - ص ٤٤٧ . ومصر الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٤/٢١ - القضية ١٠٢٥ سنة ١٩٣١ ، ١٩٣٢ مستأنف - الحماية الشرعية - السنة ٥ - العدد ٢ - ص ١٤٩ .

(١) الأسكندرية الابتدائية - جلسة ١٩٣١/١١/٢٢ الحماية الشرعية - السنة ٣ - ص ٢٦١ و ٢٦٢ .

الأحوال الشخصية للولاية على النفس) إعمال قواعد للألثة الشرعية وحدها بإعتبارها القانون الواجب التطبيق عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وإعتبار تلك المواعيد كاملة لا يحتسب ضمنها اليوم الذى حصل فيه الإعلان واليوم المقتضى إجراء العمل فيه ، لأنه النظر الذى يتفق مع صراحة النص ، ويؤكد قصد الشارع (١) .

الأصول الشرعية فى ميعاد الإستئناف :

٣٨٩ مكرراً - أن القصد من إعلان الحكم المنصوص عليه فى المادة ٣٠٩ (من اللأثة الشرعية القديمة) قد حصل العلم به بتقديم الإستئناف ، لأن الغرض من الإعلان هو العلم لأجل أن يعلم من صدر الحكم عليه جميع الإجراءات التى تكون فى صالحه من الإستئناف ، ولما كان الإستئناف صريحاً فى وصول العلم بالحكم ، وإذ تقرر إعتباره كأن لم يكن ، بما يقطع حق الإستئناف على من إستأنف ما دامت المدة من يوم العلم إلى اليوم الذى قدم فيه إستئنافه الثانى أكثر من ثلاثين يوماً ، وبناء على ذلك يكون الإستئناف المقدم قد قدم بعد الميعاد القانونى فلا يكون مقبولاً (١) .

إذ أوجب القانون إضافة ميعاد مسافة إلى المواعيد المبينة فيه للحضور أو لمباشرة إجراء ، إنما قصد بالحضور المثل أمام المحكمة ، وقصد بالإجراء كل عمل قضائى معين شرعه القانون كالمطعن بالإستئناف أو بالنقض ، ومثل هذا الإجراء بطبيعة الحال ليس من عمل المحضر فى شئ وإنما هو من صميم عمل الخصم المحكوم ضده ، فحدد له القانون ميعاداً ، لكى يتحقق من مدلوله ويتدبر فى رفع الإستئناف وإعداد وسائله ثم القيام به بتقديمه إلى قلم كتاب المحكمة المختصة ثم إلى قلم المحضرين لإعلانه ،

(١) يراجع فى تصديق الميعاد الكامل وغير الكامل : منشور الحقانية رقم ٢٩ فى ١٩٢٦/٥/٣١ - الدليل للمرشد - المرجع السابق - ص ١١٥ و ١١٦ . ومحاضرات لكلية الشريعة - المرجع السابق - ص ٢٢٦ وما بعدها - ومصر الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٢/٤/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٤ - ص ٢١٨ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٢٠/١٠/٢٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ١ - ص ١٤١ . وديماط الكلية - جلسة ١٩٧٢/١٢/٨ - القضية ١٠٧ - سنة ١٩٧٢ أحوال نفس مستأنف - لم ينشر .

ولكى لا يضيع على المستأنف شيء من ميعاد الاستئناف بسبب إنتقاله من موطنه الأصلي إلى مقر المحكمة المختصة المباشرة برفع الاستئناف لذلك منحه القانون ميعاداً آخر أسماه ميعاد مسافة ونص على إضافته إلى ميعاد الاستئناف (١) .

إجراءات الاستئناف ، وقيدده :

١ - إجراءات رفع الاستئناف :

٣٩٠- يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى . ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت باطلة (مادة ٢٣٠ مرافعات) .

وعلى قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف أن يطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية في اليوم التالي لليوم الذي يرفع فيه الاستئناف . وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه وينقص هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام في الدعاوى المستعجلة وتحكم المحكمة الاستئنافية على من يهمل في طلب ضم الملف أو إرساله في الميعاد بغرامة لا تقل عن عشرين جنياً ولا تجاوز مائتي جنية بحكم غير قابل للطعن (٢) (مادة ٢٣١ مرافعات) .

(١) إستئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٥٢/٢/٥ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ٨٧ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - العدد ٢ - ص ١١٠٩ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ سبق تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ مكرر في ١٩٩٢/٦/١ عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ . الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٩٩٩/٥/١٧ وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل .

أثر عدم توقيع المحامي على صحيفة الاستئناف أو الصحيفة الابتدائية :

٣٩٠ مكرر (١) - إن المادة ٧٨ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٧ الخاص بالمحاماة إذ نصت على عدم جواز تقديم صحف الاستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، ورتبت الفقرة الأخيرة من تلك المادة البطلان جزاء على مخالفة تلك الأحكام ، وكان غرض الشارع من تقرير هذا الحكم - على ما اقصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة السابق رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في التعليق على المادة ٣/٢٥ منه - رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت لإن إشراف المحامي على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها ، وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن ، فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . على أن أعمال نظرية البطلان في قانون المرافعات الجديد (المواد من ٢٠ إلى ٢٤ منه) يحتم أنه إذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين ، وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم إحترامه ، فإن الإجراء يكون باطلاً ، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان ، خلافاً لحالة عدم النص صراحة على البطلان ، إذ لا يبطل الإجراء إلا إذا أثبت المتمسك بالبطلان ، فضلاً عن وجود العيب الشكلي الذي شاب الإجراء ، أن هذا العيب قد أدى إلى عدم تحقيق الغاية من الإجراء (٢) ، ومع ذلك وإعمالاً لقصد الشرع ودفعاً للتمسح بالشكل ، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تعطي المدعي أجلاً ليوقع محام على صحيفة الدعوى المقامة منه ، إذ كان الأجل ما

(١) نقض - جلسة ١٦/٤/١٩٧٠ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ٦٤٦ ، وبمياط الكلية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى الاستئنافية) جلسة ٢٨/١٢/١٩٧٤ - القضية ٦٩ سنة ١٩٧٤ أحوال مستأنف .

(٢) نظرية البطلان في قانون المرافعات - رسالة - للدكتور فتحي والي - طبعة ١٩٥٩ - بند ٢٨٧ .

زال ممتداً ، أو كانت الدعوى بحسب طبيعتها وبحسب نصوص القانون ليس هناك موعد يتعين أن ترفع خلاله أما إذا حدد القانون أجلاً لرفع الدعوى وإنقضى هذا الأجل عند نظرها ، فلا مندوحة من القضاء - عندئذ ببطالان الصحيفة ، وبعدم قبولها لعدم توقيع محام مقرر عليها ، ذلك أن من المقرر أن جزاء عدم توقيع محام على الصحيفة هو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام والذي تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) لما كان ذلك ، وكان القانون قد جعل مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ النطق بها كأصل عام (٢) . إنه لكي تتحقق الغاية من التوقيع على صحيفة الطعن ، فإنه يجب أن يكون توقيع المحامي في الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ هذا الإجراء حتى يتصح هذا الإجراء الباطل (٣) .

أما إذا كانت صحيفة الدعوى الابتدائية هي التي خلت من توقيع محام مقرر أمامها على الأقل ، وحتى صدر الحكم فيها ، وطعن عليه أمام درجة أعلى ، فإن التوقيع على الصحيفة أثناء نظر الاستئناف لا يصح هذا الإجراء الباطل (٤) ، وعلى هذا إستقر قضاء محكمة النقض (٥) ، ويجوز

(١) نقض - جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢٠ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ٦٨١ ، ونقض - جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١ - ص ٦٤٦ . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص ٢٢٦ وما بعدها . وأصول المرافعات المدنية - للدكتور أحمد مسلم - طبعة ١٩٦٩ - ص ٤١٥ وما بعدها . ويبحث : العضور المسقط لحق التمسك بالبطلان - للدكتور أحمد أبو الوفا - المحاماة - السنة ٥١ - العدد ٦ - ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ١٢٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/١٨ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدني وأحوال - ص ١٠٠٥ وما بعدها .

(٤) دمياط الابتدائية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى) - جلسة ١٩٧٥/١١/١١ - القضية ٦٥ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس مستأنف .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٥ - مجموعة الكتب الفني - السنة ١٨ - العدد ٤ - مدني وأحوال - ص ١٥٥٢ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/٧ - المرجع -

الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى لتعلق البطلان بالنظام العام، على ما تقدم .

ونصت المادة ٣١١ من اللائحة الشرعية على أن تقدم ورقة الإستئناف المذكورة لقلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف أو لقلم كتاب محكمة الإستئناف .

وقضى (١) بأنه قد إستبان للمحكمة أن صحيفة الإستئناف الأصلية والمعلنة غير موقعتين من محام مقرر ، وكان المقرر بنص المادة ٨٧/٢ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالحاماة عدم جواز تقديم صحف الإستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام محكمة الإستئناف على الأتمل ، وربتت الفقرة الأخيرة من نفس المادة البطلان جزاء على مخالفة هذا الحكم ، والمراد بالتوقيع هو توقيع المحامي بيده شخصياً لا بطريق الإنابة ، وإلا إنتفت الحكمة التي وضع النص من أجلها ، وهي ضمان صياغة الصحيفة بواسطة المحامي نفسه ، والبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام مقبول أمام المحكمة الإستئنافية على صحيفة الإستئناف هو بطلان من النظام العام ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يصحح هذا البطلان إتخاذ المستأنف مكتب المحامي موطناً له ، ولا يصححه مجرد حضور المحامي أو المستأنف عليها في الجلسة المحددة لنظر الإستئناف (نقض - جلسة ١٥/١١/١٩٦١ - الحاماة - السنة ٣٢ - ص ٨٥٧ ، ونقض - جلسة ٨/٤/١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ - مدني وأحوال شخصية - ص ٤٧٦) وإنما يصححه توقيع المحامي في الجلسة بشرط أن يتم ذلك في خلال ميعاد الإستئناف عملاً بنص المادة ٢٣ مرافعات ، ولأن إشراف المحامي على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة

-السابق - ص ١٨٢٦ وما بعدها . ونقض - جلسة ٨/٤/١٩٦٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٤٦ وما بعدها .

(١) دمياط الابتدائية - الدائرة الأولى الإستئنافية - جلسة ١٠/١/١٩٧٧ - رئاسة الأستاذ أنور العمروسي - لم ينشر .

القانونية مما يعود بالضرر على نوى الشأن (نقض - جلسة ١٦/٤/١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ مدنى وأحوال شخصية - ص ٦٤٦ ، والرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد أبو الوفا- طبعة ١١ - ص ٨٤٦) .

ومن حيث أنه بالبناء على ما تقدم ، وإذ خلت صحيفة الإستئناف من توقيع محام مقرر عليها لا يغنى عن ذلك ولا يصحح هذا البيان الجوهرى مثول محام عن المستأنف ، وكان يترتب على ذلك بطلان الصحيفة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ، وكان لا يجدى الآن إتاحة الفرصة لتوقيع محامى المستأنف عليها لفوات مواعيد الإستئناف ، فإنه لذلك وطبقاً للمبادئ المتقدمة القضاء ومن تلقاء نفس المحكمة ببطلان صحيفة الإستئناف .

ونصت المادة ٣٠٢ منها على أنه إذا قدمت ورقة الإستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم للمستأنف فعليه أن يرسل أوراق القضية المستأنفة إلى محكمة الإستئناف .

أما إذا قدمت لقلم كتاب محكمة الإستئناف فعليه أن يطلب أوراق القضية من المحكمة التى حكمت فى الدعوى .

ولقد ثار خلاف بين المحاكم حول الكيفية التى بها يعتبر الإستئناف مرفوعاً (١) .

فذهب بعض الأحكام إلى أنه لكى يصير الإستئناف مرفوعاً يجب أن يتم - خلال ميعاد الإستئناف - إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه وصول الإعلان إليه خلال مدة الإستئناف .

بينما ذهب أغلب الأحكام - إلى أن العبرة هى بدفع الرسم وتقديم ورقة الإستئناف إلى قلم الكتاب خلال ميعاد الإستئناف حتى يكون مرفوعاً دون إستلزام إعلان الورقة للخصم خلال الميعاد .

(١) يراجع فى إستعراض هذا الخلاف وإسانيد أطرافه : إجراءات رفع الإستئناف وقيده- للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٢ - ص ٤٥٧ وما بعدها .

إعلان صحيفة الإستئناف لا يتقيد بميعاد :

٣٩٠ مكرر (٢) - أما محكمة النقض فقد أطرد قضاؤها على أن الإستئناف يعتبر مرفوعاً ومقيداً في الميعاد بتقديم صحيفة إلى قلم كتاب المحكمة في الميعاد ، أما إعلان الصحيفة إلى الخصم فإنه إجراء فلم يحدد له القانون ميعاداً ، ويجوز للمستأنف أو لقلم الكتاب أن يقوم به بعد قيد الدعوى (١) . ومن ثم فلا يسرى عليه حكم المادة ٧٠ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ .

٢- قيد الإستئناف :

٣٩١- نصت على قيد الإستئناف المادتان ٣١٢ ، ٣١٤ من اللائحة الشرعية .

فنصت المادة ٣١٢ على أن على كاتب محكمة الإستئناف أن يقيد الدعوى في الجدول العمومي المعد لقيد القضايا متى ورد له أصل الإعلان ، ثم يقيدها للجلسة المحددة فيها ، ويكون القيد المذكور بناء على طلب المستأنف .

ومع ذلك إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى طلب المستأنف (٢) .

ونصت المادة ٣١٤ على أنه إذا لم يقيد المستأنف الدعوى في ستة أيام إن كانت القضية كلية أو ثلاثة أيام إن كانت جزئية كان الإستئناف ملفياً وسقط حقه فيه إن كانت مدته قد مضت ويصبح الحكم المستأنف واجب

(١) نقض - جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - مجموعة الكتب الفني - السنة ١ - العدد ١ - مدني - ص ١٢٣ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ - الطعن ٢٢ لسنة ٢٢ أحوال شخصية . مجموعة الكتب الفني - السنة ٧ - مدني وأحوال - ص ١٤٨٨٠ . وإستئناف القاهرة - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ - استئناف ٨٤ لسنة ٨٤ ق . ونقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٥١٥ . ونقض - جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ١٢٣ .

(٢) الحاصل عملاً في قيد الإستئناف هو بتقديم صحيفته إلى الكاتب المختص بقيدته في الجدول المعد لقيد القضايا الإستئنافية .

التنفيذ - ويحصل القيد إما بتقديم أصل الإعلان أو قسيمة دفع ريع الرسم إلى كاتب المحكمة الذي يطلب منه قيد الدعوى .

ويظهر من هذين النصين أنه يتعين على المستأنف أن يباشر قيد الإستئناف في اليوم التالي (١) لدفع ريع الرسم أو الرسم كله ، وذلك بطلب يتقدم به إلى قلم كتاب محكم الإستئناف أو قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم ، مرفقاً به إما أصل الإعلان ، وإما قسيمة دفع ريع الرسم ، وعلى قلم كتاب محكمة الإستئناف في الحالين أن يقيد الدعوى في الجدول العمومي المعد لقيد القضايا .

فإذا جاوز قيد الإستئناف الأجل الذي ضرب له ، كان الإستئناف ملغياً ، ومن آثار ذلك وجوب رفضه بحكم المادة ٢٢٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ وإن وقع القيد في هذه الحالة في المدة المحددة لتقديمه . ويسقط حقه فيه إن كانت مدته قد مضت ، والمراد من المدة هذه مدة التقديم ، فإذا لم تمض هذه المدة كان له أن يتقدم بإستئناف آخر يراعى في قيده ما ضربه الشارع أجلاً للقيد في المادة ٢١٤ من هذا القانون - أما القول بأن القيد وإن جاء متجاوزاً لميعاده يجعله مقبولاً شكلاً متى كان القيد في الميعاد المحدد لتقديمه يصادفه جواب عبارة المشرع الواردة بسياق المادة ٢١٤ المذكورة ، فإن الرخصة من هذا القانون ، غيرها في مدة القيد مع تفاوت الحكميتين فيهما ، فإن بالتقديم في ميعاد محدد على الوجه المرسوم بالمادتين ٢٠٧ ، ٢٠٨ في الأولى إعطاء فرصة للمتظلم يراود فيها نفسه ، إما أن يتقدم بطعنه أو يحجم عنه ، وفي الثانية تنظيم العمل في تقديم الظلامة لمن إختص بنظرها بعد إثباتها في دفاتر خاصة وتحديد جلسة معينة (٢) .

ولم يعد إجراء تقديم طلب القيد معمولاً به في المحاكم الآن .

(١) فقد جاء بمتشور الحاقانية رقم ٢٣٢٥ الصادر في ١٩١١/٥/٢٢ أن ميعاد قيد الاستئناف يحتسب من اليوم التالي لتاريخ تقديم المستأنف لورقة الاستئناف بقلم الكتاب لإعلانها (الدليل المرشد - للأستاذ محمد الغريب - رقم ٢٥٢ - ص ١١٦ و ١١٧) .

(٢) الدنيا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٤/٢٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ و ٩ و ١٠ - ص ٢٦٦ .

ويلاحظ أن واجب طلب قيد الإستئناف يقع على عاتق المستأنف سواء دفع الرسم كاملاً أو دفع ريعه فقط أخذاً بما جاء بالملحظة الإيضاحية لللائحة الشرعية خاصاً بإعلانات وقيد الدعاوى إذ هو تكليف عليه ، ومعاونة فقط من قلم الكتاب (١) وهو ما أخذت به الأحكام (٢) ، واستقر عليه قضاء النقض (٣) ، والعليا الشرعية (٤) .

(١) فقد جاء بالملحظة الإيضاحية لللائحة الشرعية في هذا الصدد : « وأوجب على قلم الكتاب أن يقيد الإستئناف من تلقاء نفسه متى كان الرسم مدفوعاً بأكمله بمقتضى المادتين ٣٠٨ و٣١٢ وهذا الإيجاب لا يعفى للمستأنف من القيام بواجب طلب القيد . فإذا أهمل تقع عليه المسؤولية وما تكليف قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه إلا من باب المعاونة في حالة خاصة تسهلاً للمتقاضين » .

(٢) فقد قضت محكمة مصر الابتدائية الشرعية بجلسته ١١/٧/١٩٤٠ بأن قيد الإستئناف إنما يكون بطلب من المستأنف طبقاً للمادة ٣١٢ من اللائحة . وما جاء بأخر هذه المادة من وجوب القيد على قلم الكتاب بدون حاجة إلى طلب المستأنف متى كان الرسم مدفوعاً بأكمله . إنما هو من باب المساعدة لأرباب الشأن من غير مسئولية على قلم الكتاب ، لأنه غير ملزم به قانوناً وإنما المسؤولية على أرباب الشأن فإذا لم يقيد الإستئناف في ثلاثة أيام من تقديمه طبقاً للمادة ٣١٤ كان غير مقبول شكلاً - وبهذا المعنى : القاهرة الابتدائية لأحوال الشخصية - جلسة ١٩٥٧/١٢/٢ - القضية رقم ٦٢٧ أحوال شخصية جزئى مستأنف . وإستئناف القاهرة جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٣ - الإستئناف رقم ٨٤ لسنة ٨٥ أحوال شخصية . ويحث الدكتور إيهاب إسماعيل - المرجع السابق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٦ - ص ١٠١٦ . ونقض - جلسة ١٩٦٠/٦/٣ - الطعن رقم ٨ لسنة ٢٣ ق . والطعن ١١ لسنة ٢٣ ق .

(٤) وذهبت المحاكم الشرعية في أحد أحكامها إلى أن المادة ٣١٢ من اللائحة نصت على حالتين في قيد الإستئناف : الأولى - أنه يجب على كاتب الإستئناف أن يقيده في الجدول العمومي بناء على طلب المستأنف . الثانية - إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى طلب المستأنف .

وعلى هذا يشير يوم دفع الرسم وهو يوم القيد ، ولا يلزم المستأنف بالقيد لأن الدفع الرسم قيد ضمنى ولأن المستأنف لا سبيل له إلى القيد في دفاتر المحكمة الرسمية وذلك أخذاً بحكم المادة ٢١ من اللائحة (مصر الابتدائية الشرعية) - جلسة ١٩٤١/٤/٢٧ - المحاماة الشرعية - جلسة ١٩٤٠/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - العدد ٢٥ و٢٦ - ص ١٣٢ - وقد جاء بهذا الحكم الأخير لما يراه من إلزام قلم الكتاب بالقيد . أن ذلك لا يتعارض مع ما جاء بالملحظة -

ويجب على المستأنف أن يطلب قيد إستئنافه فى الميعاد المحدد قانوناً ، ولا يعفيه من ذلك دفع جميع الرسم المطلوب إستئنافاً إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٢ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - لأن المذكرة التفسيرية لهذا القانون فسرت هذا النص بما لا يعفى المستأنف من القيام بواجب طلب قيد دعواه ، فإذا أهمل فى طلب القيد فى الميعاد أو قصر قلم الكتاب فى إرسال الإعلان لمحكمة الإستئناف حتى مضى الميعاد ، فإن تبعة ذلك فى جميع الأحوال تقع عليه وحده ، ويكون إستئنافه ملغياً^(١) .

(٢) إجراءات نظر الإستئناف :

٣٩٢- يحضر الخصوم أو وكلاؤهم فى الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ويعتبر المستأنف مدعياً (م ٣١٦ لائحة شرعية) .

متى يصح القضاء بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن ؟

٣٩٢ مكرراً - إذا كانت المحكمة قد حجزت القضية للحكم ، ثم قررت إعادتها إلى المرافعة لجلسة نون أن يعلن المستأنف إليها ، ثم قضت فى الجلسة الأخيرة بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن والزمّت المستأنف بالمصروفات .

فإنه يؤخذ على هذا الحكم :

خطؤه فى تطبيق القانون ، ذلك أنه لما كان من المتعين على المحكمة متى أعادت الدعوى إلى المرافعة بعد حجزها للحكم أن تعلن الخصوم للحضور وإلا كان حكمها فى الدعوى بعد ذلك باطلاً ، ولما كانت المحكمة قد أعادت

=الإيضاحية للمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى ورد بها أن دفع الرسم كاملاً لا يعفى المستأنف من طلب القيد لأن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لا يحقق غرض الشارع ولا الباعث على تشريعه .

(١) العليا الشرعية - الأسكندرية - جلسة ١٠/١٠/١٩٥٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٥٥٤ و٦ - ص ١٩٦ . وديماط الكلية - البائنة الأولى الشرعية - جلسة ١٥/١٠/١٩٧٧ القضية رقم ٦٠ سنة ١٩٧٦ أحوال نفس مستأنف (وكان المستأنف قد أدى الرسم بمحكمة بورسعيد . ووردت الصحيفة للقيد بالبوستة ولكن يعد الميعاد) .

الإستئناف إلى المرافعة ولم يعلن المستأنف بالجلسة التي تحدت لنظره بعد ذلك ، فإن الحكم إذ قضى - بعد ذلك بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وعلى منطق الحكم الخاطئ ، فقد أخطأ فى تطبيق القانون ذلك أنه لما كان المشرع قد نص فى المادة ٣١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن يحضر الخصوم أو وكلاؤهم فى الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ، ونص فى المادة ٣١٩ من اللائحة على أنه إذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد اعتبر الإستئناف كأن لم يكن . ولما كانت هاتان المادتان من المواد التي تحكم إجراءات الإستئناف فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف ، ومن مؤدى ذلك أن المشرع لم يطلق عبارة « الميعاد المحدد » فى المادة ٣١٩ من اللائحة وإنما قيدها بما سبق النص عليه فى المادة ٣١٦ المشار إليها من أنه الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ، ومن ثم تخلف المستأنف عن حضور الجلسة المحددة بورقة الإستئناف - الجلسة - لنظر إستئنافه ، هو - وحده - الموجب لقضاء بإعتبار الإستئناف لم يكن . لما كان ذلك وكان الثابت من الدعوى أن المستأنف حضر الجلسة الأولى المحددة لنظر إستئنافه وجلسات تالية لم ثم تخلف عن الحضور فى الجلسة الأخيرة ، فإن الحكم إذ قضى بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن رغم سبق حضوره فى الجلسة المحددة لنظر الإستئناف ، يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١) .

ويعيد الإستئناف الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط .

(١) القاهرة الابتدائية - الدائرة ١٦ أحوال نفس مستأنف - جلسة ١٨/٤/١٩٧٠ - القضية ٢٤ سنة ١٩٦٩ أحوال نفس مستأنف ، و جلسة ٤/٤/١٩٧٠ - القضية ١٧٩٦ سنة ١٩٦٩ أحوال مستأنف ، والقضايا ١١١٤ سنة ١٩٦٩ و ٩٣٩٧ سنة ١٩٧٠ و ١٠٥٣ سنة ١٩٦٩ و ٢٢١٦ سنة ١٩٦٩ و ٢٤٠٣ سنة ١٩٦٩ و ١٨٠٤ سنة ١٩٦٩ و ١٨٣٣ سنة ١٩٦٩ و ٢١٠٦ سنة ١٩٦٩ أحوال نفس مستأنف بذات الجلسة و ٢٢٢ سنة ١٩٦٩ - جلسة ٨/٤/١٩٧٠ و ٢٢٩٦ سنة ١٩٦٩ و ١٧٦٣ سنة ١٩٦٩ - جلسة ١١/٤/١٩٧٠ ، ونقض جلسة ٢٨/٤/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مبنى وأحوال - ص ٥٨٠ .

ويجب على المحكمة الاستثنائية أن تعيد النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة وعلى أساس أى دفع أو دليل آخر يقدم فى الاستئناف من قبل الخصوم طبقاً للمادة ٣٢١ .

ثم تحكم المحكمة بعد نظر الدعوى طبقاً للمنهج الشرعى إما بتأييد الحكم المستأنف أو بإلغائه أو بتعديله (م٢١٧) .

وتفصل محكمة الاستئناف فى موضوع الدعوى ولا تعيدها إلى محكمة أول درجة إذا كان ما قدم لمحكمة أول درجة كافياً لإثبات الدعوى وظهر من أسباب قرار عدم السماع المستأنف أنه بمعنى الرفض (١) .

وتقتضى المادة ٢٢١ من اللائحة الشرعية بأنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية .

إذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد اعتبر الاستئناف كأن لم يكن وصار الحكم الابتدائى واجب التنفيذ إلا إذا كان ميعاد الاستئناف باقياً) .

ويرفض الاستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه.

جميع القواعد المقررة فى شأن رفع الدعاوى والسير فيها أمام المحاكم الابتدائية تتبع فى الدعاوى المستأنفة وكذا جميع القواعد المقررة فيما يتعلق بالأحكام والقرارات .

فيتعين أن تتوافر شروط قبول الاستئناف الثلاثة : الصفة ، والمصلحة والأهلية (٢) .

(١) طنطا الابتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥١/١١/٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٢ - العدد ٨٧ - ص ٤٨٥ .

(٢) ولذلك قضى بأن إبراء الزوجة التى بلغت الخامسة عشر من عمرها زوجها من مؤخر صداقتها ونفقة عدتها يكون صحيحاً ولا نفقة لها بعد ذلك (المنصورة الجزئية والشرعية - جلسة ١٩٣٥/٧/٢٩ - المحاماة الشرعية - السنة ٨ - ص ٢٠٥) .

وإذا قررت محكمة الاستئناف إلغاء حكم صادر فى الإختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى وكانت القضية صالحة للفصل فى موضوعها لا تردّها إلى محكمة أول درجة بل تفصل فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى .

ويستثنى من حكم هذه المادة أحكام الإختصاص أو الإحالة الصادرة من المحاكم الجزئية فى المواد التى يكون حكمها فيها إنتهائياً ، ففى هذه الحالة يجب على المحكمة الاستئنافية رد القضية إلى المحكمة المختصة .

وإذا استؤنف فى أثناء سير الدعوى حكم أو قرار من الأحكام والقرارات التى يجوز إستئنافها قبل الحكم فى أصل الدعوى فبعد الفصل فيه من محكمة الإستئناف ترد القضية لمحكمة أول درجة للمسير فيها مع مراعاة ما نص عليه فى الفقرة الأولى من المادة السابقة .

مسائل عامة فى الإستئناف :

٣٩٣- بقيت فى الإستئناف سبع مسائل يحسن أن نشير إليها -

وهى :

- ١- تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة وجوبياً .
- ٢- عدم ضرورة تلاوة التلخيص .
- ٣- اثر عدم ذكر أسباب الإستئناف .
- ٤- ما يترتب على الإستئناف .
- ٥- وجوب التنفيذ فى حالة الإستئناف بعد الميعاد .
- ٦- لا وجود للإستئناف الفرعى أو المقابل ، وفى أصول المرافعات الشرعية .

٧- إستئناف التصرف فى الأوقاف وفى مسائل الأوقاف الخيرية .

وسوف نتناول هذه المسائل فيما يلى :

(١) تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة

وجوبياً :

٣٩٤- ذكرنا فى نظرية الدعوى أن تدخل النيابة فى قضايا الأحوال

الشخصية (١) يكون أمام محاكم الأحوال الشخصية الجزئية جوازياً ، ووجوبياً أمام المحاكم الابتدائية (كلية كانت أو مستأنفة) وأمام محاكم الإستئناف عملاً بأحكام القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، وقد إستقر القضاء على وجوب تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة وذكر ممثلها ورايه فى القضية فى الحكم وإلا كان باطلاً (٢) .

(٢) عدم ضرورة تلاوة التلخيص :

٣٩٥- لما كانت الأحكام الواردة باللائحة الشرعية فيما يتعلق بالإستئناف لم يتناولها الإلغاء المنصوص عليه فى المادة ١٢ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم كانت تلك الأحكام هى الواجبة التطبيق بالنسبة لإستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية الولاية على النفس (أى المسائل الشرعية) ، ولما كانت أصول المرافعات الشرعية المذكورة فى المواد من ٢٠٤ إلى ٢٢٧ من اللائحة قد دخلت مما يوجب تلاوة تقرير التلخيص قبل بدء المرافعة ، فإنه لا محل لإلتزام هذه القاعدة الفرعية على الأصول الشرعية فى المرافعات ، ولا يكون الحكم الذى لم يلتزمها مشوباً بالبطلان (٣) .

(٣) أثر عدم ذكر أسباب الإستئناف :

٣٩٦- إنه وإن كانت المادة ٣١٠ من اللائحة الشرعية قد أوجبت إشتمال صحيفة الإستئناف على الأسباب التى بنى عليها الإستئناف ، إلا أنه ليس مؤدى هذا النص الأمر أن يكون البطلان جزءاً مقررًا لمخالفتها بمقولة

(١) راجع ما قلناه فيما تقدم .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٨/١٠/٢٤ - الطعن ٨ - لسنة ٢٦ ق . ونقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/١٩ - الطعن ١٠ - لسنة ٢٩ ق . ونقض - جلسة ١٩٦٢/٦/١٩ - الطعن ٤٠ - لسنة ٢٩ ق . ونقض - جلسة ١٩٦٢/٤/١٠ وإستئناف طنطا - جلسة ١٩٥٧/٤/١٦ - الإستئناف ٤ لسنة ٧ ق - أحوال شخصية .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/٥ - الطعن رقم ٦ لسنة ٢٨ ق أحوال شخصية .

إن الشارع فى هذه الحالة غدر أهمية الإجراء وإفتراض ترتيب الضرر على مخالفته ، ذلك أن القول بتقدير الشارع لأهمية الإجراء وإفتراضه ترتيب الضرر على مخالفته لا يكون له محل إلا إذا كان النص وارداً بعبارة نافية أو ناهية (١) .

(٤) ما يترتب على الإستثناء :

٣٩٧- يترتب على الإستثناء إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

(أولاً) إذا كان الحكم صادراً بالنفقة أو بأجر الرضاعة أو المسكن أو الحضنة أو تسليم الصغير إلى أمه .

(ثانياً) إذا كان مأموراً بالتنفيذ المؤقت فى الحكم ، وذلك فى الأحوال المستوجبة الإستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر (م ٣١٥ من اللائحة الشرعية) .

(٥) وجوب التنفيذ فى حالة الإستثناء بعد الميعاد :

٣٩٨- إذا لم يحصل الإستثناء فى الميعاد المقرر يكون الحكم الإبتدائى واجب التنفيذ غير قابل للإستثناء (م ٣٠٩) .
أى أن مفاد ذلك أن ميعاد الإستثناء قد إنقضى دون رفع إستثناء عن الحكم الذى أصبح واجب التنفيذ .

(٦) لا وجود للإستثناء الفرعى أو المقابل فى أصول المرافعات الشرعية :

٣٩٩- المستفاد من أحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أنه أراد أن يبقى إستثناء الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية محكوماً بذات القواعد (٢) التى كانت

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٦/٢٢ - الطعن رقم ٦ لسنة ٢٨ ق احوال شخصية - ونقض - جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ - الطعن ٤٥ لسنة ٢٦ - م ١ .

(٢) فقد قضى بأن إستثناء الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية - يخضع للمواد الخاصة به فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٩ - مجموعة المكاتب الفنية - السنة ١٧ ، مدنى وأحوال - العدد ٢ ، ص ٥١٥ ، ونقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٢٧ - المحاماة - السنة ٤٧ - العدد ٣ رقم ٢٢٨ - ص ٢٨٤ وما بعدها) .

تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم لا بقواعد أخرى من قانون المرافعات ، كما دل على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تزال هي الأصل الذى يجب إلزامه ويتعين الرجوع إليه فى التعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته - وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن إستئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية يخضع فى إجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإذا كان ذلك ، وكانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرف طريق الإستئناف الفرعى ، وهو إستثناء من القواعد العامة أجازه قانون المرافعات لمن فوت ميعاد الإستئناف أو قبل الحكم قبل رفع الإستئناف الأسمى ، فإن من الخطأ فى تطبيق القانون قبول الإستئناف الفرعى من المستأنف عليه (١) .

كذلك لا تعرف الأصول الشرعية الإستئناف المقابل ، وعليه فكل إستئناف سواء من المحكوم له أو المحكوم عليه - هو إستئناف أصلى يجب مراعاة الأوضاع السابقة فى رفعه وقيده .

(٧) إستئناف التصرف فى الأوقاف وفى الأوقاف الخيرية :

٤٠٠ - بينت المادة ٣٢٧ من اللائحة الشرعية ميعاد إستئناف التصرف فى الأوقاف الصادر من المحكمة الابتدائية بصفة ابتدائية فجعلته ثلاثين يوماً على الأكثر من صدوره . كما بينت الجهة التى يرفع إليها الإستئناف وهى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت التصرف أو المحكمة العليا التى ستنظر الإستئناف .

فلا يقبل الإستئناف المقدم إلى غير هاتين المحكمتين بدعوى أن وزارة العدل أباحت تقديم تقرير الإستئناف إلى أية محكمة شرعية ودفع الرسم إلى خزينتها وهى تتولى من جانبها إرساله إلى محكمة الإستئناف ، وأنه قد قدم فعلاً إلى محكمة شرعية فى الميعاد وأن تأخير إرساله أو وصوله بعد الميعاد لا يؤثر فى قبوله لأن تعليمات وزارة العدل محدودة بوصول

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/٢٨ - الطعن ٢٨ لسنة ٣٠ ق أحوال شخصية .
ونقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق أحوال شخصية .

الإستئناف إلى المحكمة بنظره في الميعاد ولا يترتب عليها إخلال بالشرط الوارد في القانون وإلا كان الإلغاء له (١) .

وحضور المستأنف في إحدى جلسات مادة التصرفات دليل على تقديم الإستئناف عنه .

وقد إستقر العمل بالمحكمة العليا الشرعية على الفصل في مواد إستئناف التصرفات في غيبة المستأنف إلا تقرر إعتباره كأن لم يكن (٢) .

خضوع إستئناف المواد الشرعية لأحكام اللائحة الشرعية:

٤٠٠ مكرراً (١) - المقرر في قضاء محكمة النقض أن إستئناف الأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية التي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية يخضع في إجراءاته للمواد الخاصة به الواردة في الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الرابع من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية (إعتباراً بأنها لا تزال هي الأصل الأصلي الذي يجب إلزامه ويتعين الرجوع إليه في التعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته (٢) .

أصول شرعية حديثة في الإستئناف :

٤٠٠ مكرراً (٢) - المقرر في قضاء النقض أن مفاد المادتين ١٣,٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن المشرع إستبقى إستئناف الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من إختصاص المحاكم الشرعية محكوماً بذات القواعد التي كانت تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم والواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا بقواعد أخرى في قانون المرافعات وأن هذه اللائحة لا تزال

(١) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٠/٦/٢٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٧ و٨ - ص ٢٤٧ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٦/٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٢ و١ - ص ٤٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٦ - ص ١٠٣٣ .

هي الأصل الأصل الذي يجب إلزامه ، ويتعين الرجوع إليه للتعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته كما أن الإستئناف يعتبر مرفوعاً - وعلى ما جرى به قضاء النقض - وتتصل به محكمة الإستئناف بتقديم صحيفة إلى قلم الكتاب في الميعاد المحدد في المادة ٣٠٧ من اللائحة ، ويقيد في الجدول في الميعاد المحدد في المادة ٣١٤ منها . أما إعلان الصحيفة للخصم لتقوم الخصومة بينه وبين المستأنف فهو إجراء لم يحدد له القانون ميعاداً ، إذ للمستأنف أن يقوم به أو يقوم به قلم الكتاب بعد قيد الدعوى . لما كان ذلك ، فإن المادة ٧٠ من قانون المرافعات لا يكون لها إنطباق في إستئناف الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية والوقف (١) .

٢- إذ كانت هذه اللائحة قد رتبت بمقتضى المادتين ٣١٦ ، ٣١٩ على عدم حضور المستأنف بالجلسة المحددة بورقة إستئنافه اعتبار الإستئناف كأن لم يكن ، إلا أنها لم تتضمن قواعد خاصة بغياب الخصوم في غير تلك الجلسة . مما مقتضاه وجوب إتباع أحكام قانون المرافعات في هذا الخصوص - لما كان ذلك وكانت المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات تنص على أن : « تسرى على الإستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو الأحكام ما لم يقصد القانون بغير ذلك » ، وكان النص في المادة ٨٢ من هذا القانون مفاده - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تقيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم في الدوى إذا كانت صالحة للحكم فيها ولا قررت شطبها . وتكون الدعوى كذلك إذا أدلى الخصوم بأقوالهم وجددوا طلباتهم وأوضحوا دفاعهم (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ - الطعن ٢ لسنة ٥١ ق (أحوال) . ونقض - جلسة

١٩٨٤/٢/٢١ - الطعن ١٦ لسنة ٥٣ ق (أحوال) . ونقض - جلسة

١٩٨٤/١١/٢٧ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٣ ق (أحوال) . ونقض - جلسة

١٩٨٥/٤/٢٣ - الطعن ٥١ لسنة ٥٤ ق (أحوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٥ - الطعن ٣٥ لسنة ٥٤ ق (أحوال)

٣- إستئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى يترتب عليه إستئناف جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها فى أثناء السير فيها ولم يكن قد سبق إستئنافها وذلك طبقاً للمادة ٣٠٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١) .

٤- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرف طريق الإستئناف الفرعى ولم تنص عليه وإنما هو إستثناء من القواعد العامة أجازته قانون المرافعات لمن فوت ميعاد الإستئناف أو قبل الحكم (٢) .

(١) نقض - جلسة ١٩/٢/١٩٨٥ - الطعن ٣٦ لسنة ٣٥١ ق - (أحوال) .
(٢) نقض - جلسة ٢٧/١١/١٩٨٤ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ ق - (أحوال) .

الفصل الثانى

التماس إعادة النظر

٤٠١- كانت اللائحة الشرعية تنظم قواعد التماس إعادة النظر فى المواد من ٢٢٩ حتى ٢٣٥ ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذى نصت عليه المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة منه تكون أحكام قانون المرافعات المدنية فى التماس إعادة النظر هى الواجبة التطبيق (١) .

قد نظم قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام التماس إعادة النظر فى المواد من ٢٤١ حتى ٢٤٧ منه .

فإذا حصل الملتمس على أوراق قاطعة فى الدعوى ، فإن ميعاد الإلتماس يبدأ من يوم ظهور الورقة المحتجزة . ولكن المشرع لم يقصد بلفظ (الظهور) الذى يبدأ به ميعاد الإلتماس أن يحوز الملتمس الورقة حيازة مادية ، وإنما يكفى أن تتكشف له الورقة وتصبح فى متناول يده وتحت نظره بحيث يمكن الإطلاع عليها دون حائل أو عائق (٢) ، وإن قضاء الحكم برفض الإلتماس موضوعاً يساوى نتيجته الحكم بعدم جوازه (٣) ، وأن الغش الذى يبنى عليه التماس إعادة النظر هو ما كان حاله خافياً على الخصم طيلة نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصة لتقديم دفاعه فيه وتنبير حقيقته للمحكمة فتأثر به الحكم . أما تناوله الخصومة وكان محل أخذ ورد بين طرفيها وعلى أساسه رجحت المحكمة قول خصم على آخر وحكمت له إقتناعاً منها ببرهانه فلا يجوز التماس إعادة النظر فيه (٤) ،

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - العدد ١ - ص ٢٥٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٦/٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - ص ٧٨٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٢٩٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٥٨ .

ويتحدد نطاق الالتماس بالأسباب التي يبنى عليها داخله فيما نص عليه القانون على سبيل الحصر (١) ، وتقدير مدى أثر الورقة التي حال الخصم دون تقديمها ومعرفة ما إذا كانت قاطعة في الدعوى حتى تصلح سبباً يبيح قبول الالتماس هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائفة (٢) .

إن مؤدى ما تضمنه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من العمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ، هو عدم الإعتماد بما نصت عليه المادة ١٣ من هذا القانون من إلغاء بعض أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومنها المواد ٣٢٩ إلى ٣٣٥ الخاصة بالتماس إعادة النظر ، وعدم الإلتفات إلى ما تقرره المادة السادسة من هذا القانون من إتباع أحكام قانون المرافعات والإجراءات المتعلقة بمسائل أو المجالس المالية - إلا منذ الوقت الذي تقرره المادة الأولى من الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية القانون المذكور لإلغاء المحاكم الشرعية وهو أول يناير سنة ١٩٥٦ (٣) .

إن قضاء الحكم بأكثر مما طلبه الخصم عن سهو منه ، يكون الطعن عليه بطريق التماس إعادة النظر ، لا بطريق النقض (٤) .

أصول المرافعات المدنية في الالتماس :

ذهب فقه المرافعات المدنية إلى أن الالتماس يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، (إعتباراً بأن المقصود منه تنبيه المحكمة لتصحيح

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٤٩٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١ - المحاماة - السنة ٤٩ - ص ١٦١١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٢٤ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١١ - ص ٢٥١ وما بعدها .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٢٩٤ وما بعدها. ويراجع مقال : الطعن بطريق النقض في مسائل الأحوال الشخصية - للمستشار عبد الرحيم غنيم المحامى - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٨ - العدد ١ - ص ١ وما بعدها .

الحكم الذى أصدرته عن سهو غير متعمد منها ، أو بسبب فعل المحكوم له ، دون أن يشف الطعن عن تجريح الحكم الملتمس فيه .

وعلى ذلك فإن الالتماس لا يرفع إلى محكمة أعلى من المحكمة التى أصدرت الحكم الملتمس فيه ، ولا إلى محكمة أخرى من نفس درجتها (١) .

بل ان القانون يجيز أن تكون المحكمة التى تنظر الالتماس مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم المستأنف (م ٢٤٢/٤ مرافعات) .

نصت المادة ٦٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يجوز التماس إعادة النظر فى مسائل الولاية على المال إلا فى القرارات الانتهائية الصادرة فى المواد الآتية .

١- توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو اثبات الغيبة .

٢- تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب.

٣- عزل الوصى والقيم والوكيل أو الحد من سلطته .

٤- سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها .

٥- استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر .

٦- الفصل فى الحساب .

(١) يراجع فى الالتماس - التعليق على نصوص قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا جزء ١ - طبعة ١٩٧٥ - ص ٧١٥ وما بعدها . وكتابه : المرافعات المدنية والتجارية - طبعة ١٩٧٥ - ص ٨٨١ وما بعدها .. ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحي والى - طبعة ١٩٧٥ - ص ٦١٨ وما بعدها .

الفصل الثالث

النقض

٤٠٢- لم تنظم اللائحة الشرعية قواعد الطعن بطريق النقض ، ومن ثم كان قانون المرافعات المدنية هو الواجب التطبيق بالنسبة لهذا الطريق غير العادى من طرق الطعن فى الأحكام .

وقد نظم قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ أحكام النقض فى المواد من ٢٤٨ حتى ٢٧٢ منه ، وهو يرفع - صحيحاً - بصحيفة تودع مع الأوراق والمستندات فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه متى ثبت وصول كافة الأوراق قلم كتاب محكمة النقض فى الميعاد ، ويكون الدفع بعدم قبول الطعن المبدئى من المطعون ضده لا محل له طالما لم يبدئ وجه مصلحته فى التمسك به (١) .

إن إتخاذ المطعون عليه - وهو محام - عنوان مكتب فى ورقة إعلان الحكم قد دل على رغبته فى قيام المحل المختار مكان موطنه الأسمى ، جواز إعلان الطعن عليه فى هذا المحل (٢) .

إعلان الوزراء بوصفهم ممثلين للدولة يكون صحيحاً سواء سلمت الصورة فى المركز الرئيسى لإدارة القضايا أو فى المأمورية التى تختص بالدعوى محلياً (٣) .

وجوب تسليم صورة الإعلان فيما يتعلق بالشركات التجارية فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو المدير ، فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لأحد هؤلاء لشخصه أو فى موطنه (٤) .

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٢١ - الطعن ٤ لسنة ٤٤ق - لم ينشر بعد .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٧٦٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٢٠٣ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٢/٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص ٢٨٨ .

تسليم صور الدعاوى والطعون والأحكام بالنسبة للدولة لإدارة قضايا الحكومة ، عدم ضرورة تسليمها فى المقر الرئيسى لهذه الإدارة ، جواز تسليمها فى أى مقر تتخذه ولو تعددت هذه المقار (١) ، ويترتب على عدم مراعاة ميعاد إعلان الطعن القضاء ببطلانه (٢) .

إعلان رجال القوات المسلحة يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، تسليم صورة إعلان تقرير النقض للنيابة لا يعتبر إعلاناً صحيحاً (٣) .

لحكمة النقض أن تصحح أسباب الحكم المنطوية على أخطاء قانونية بغير أن تنقضه متى كان سليماً فى نتيجته (٤) .

نعى الطاعن على الحكم أنه أغفل الرد على دفاعه دون تضمين الطعن العيب المنسوب للحكم وموضعه منه وأثره فى قضائه غير مقبول (٥) .

وجوب أن يكون المحامى الذى يقرر بالطعن بالنقض وكيلأ عن الطاعن ، وإلا كان الطعن باطلاً وتقضى المحكمة به من تلقاء نفسها (٦) .

قضاء الحكم بأكثر مما طلبه الخصم ، عن سهو منه ، يكون الطعن عليه بطريق التماس إعادة النظر ، لا بطريق النقض (٧) .

قواعد حساب المواعيد ، وميعاد الطعن بالنقض فى الأحوال الشخصية :

٤٠٢ مكرر (٨) القاعدة العامة فى حساب المواعيد طبقاً لنص المادة ١٥

(١) نقض - جلسة ١٧/٢/١٩٦٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢١٨ .

(٢) نقض - جلسة ٢٦/١٠/١٩٦٧ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٥٥٧ .

(٣) نقض - جلسة ١١/٢/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٤٠٠ .

(٤) نقض - جلسة ٢٧/٢/١٩٦٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٤٨٦ .

(٥) نقض - جلسة ١٤/٢/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٨٩ .

(٦) نقض - جلسة ٢٠/١/١٩٧٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٨٨ .

(٧) نقض - جلسة ١١/٣/١٩٧٢ - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

(٨) يراجع فى النقض : التعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد أبو الوفا - -

من قانون المرافعات أنه إذا عين القانون لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد ، ولا ينقضى الميعاد إلا بانقضاء اليوم الأخير منه^(١) .

٢- ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - ستون يوماً^(٢) . ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (مادة ٢٥٢ مرافعات) .

المقرر في قضاء النقض أنه إذا نقض الحكم وأحيلت القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، فإنه يتحتم على تلك المحكمة أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة ، وإن المقصود بالمسألة القانونية في هذا المجال هو الواقعة التي تكون قد طرحت أمام محكمة النقض وأدلت فيها رأيها عن قصد وبصيرة ويجوز حكمها في هذا الخصوص حجية الشيء المحكوم فيه في حدود ما تكون قد قضت فيه بحيث يمتنع على محكمة الإحالة عند نظر الدعوى المساس بهذه الحجية ويتعين عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق ما أشار إليه الحكم الناقص^(٣) .

نصت المادة ٦٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على الآتي :

لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض ، فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن .

ص ٧٧٢ ، وكتابه المرافعات - ص ٨٩٢ . ومبادئ قانون القضاء المدني - للدكتور فتحي والي - ص ٦٢١ . والطعن بطريق النقض في مسائل الأحوال الشخصية بصفة خاصة وفي غيرها بصفة عامة - مقال - للأستاذ عبد الرحيم غنيم - مجلة قضايا الحكومة - السنة ١٨ - العدد ١ - ص ٧ وما بعدها .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ - الطعن ١٩٢ لسنة ٤٨ ق (أحوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦ - الطعن ١٠٢ لسنة ٥٥ ق (أحوال) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ - الطعن ١١ لسنة ٦٢ ق (أحوال شخصية) .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينوبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه .

وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المأذون يعتد فقط بصور حكم انتهائي بالتطليق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقة على زوج آخر بعد انقضاء عدتها في وقت يكون فيه الزوج الأول قد طعن في حكم التطليق بطريق النقض وتثور المشكلة من يقضى بنقض حكم التطليق في وقت تكون المطلقة فيه قد أنجبت من زوجها الجديد .

فعالج القانون الجديد بنصه سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطليق باتاً .

من لهم حق الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات ؟

تنص المادة ٦٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للخصوم والنيابة العامة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف كما يكون لهم الطعن في القرارات الصادرة من هذه المحاكم في مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب .

**مبادئ مستحدثة لمحكمة النقض
فى بعض مسائل الأحوال الشخصية
صدرت فى عامى ١٩٩٨ و ١٩٩٩ (١).**

(١) المبادئ من رقم ١ حتى رقم ٢٥١١ مستخرجة من مجلة القضاة الفصلية (لسنة ٢١ لعدد أكتوبر ١٩٩٨ حتى ديسمبر سنة ١٩٩٩ .

اولا- الارث

(١)

١- الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها . واجبة التطبيق فى مسائل الموارث المتعلقة بالمصريين على اختلاف دياناتهم والمرجع فى تعيين الورثة وتحديد صفتهم وأنصبتهم وانتقال التركة إليهم . م ٨٧٥ مدنى . اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة ، لا يحول دون تطبيقها . علة ذلك .

(الطنن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢)

٢- دعوى الارث بسبب الإخوة . تميزها عن دعوى اثبات الزوجية ، أو أى من الحقوق التى تكون سبباً مباشراً لها . أثره . عدم خضوع اثبات الإخوة للقيود على سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها الوارد بالمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية علة ذلك .

(الطنن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٣)

٣- اقامة الحكم قضاءه بثبوت نسب المطعون ضدهم إلى والدهم واستحقاقهم الارث فى تركة أخيه لأب مطبقاً الشريعة . تطبيق الحكم الشريعة الاسلامية على دعوى النسب التى أقيمت تبعاً لدعوى الارث ابتغاء تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى التركة . عدم بحثه مسألة حظر تعدد الزوجات فى الشريعة المسيحية . لا عيب . دعوى الارث متميزة عن دعوى الزوجية .

(الطنن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٤)

٤- الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين . لا توارث بين مسلم وغير مسلم . م٦٠ ق٧٧ لسنة ١٩٤٣ . المنع من الارث . مناهة . اختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضى .

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

ثانياً - الولاية على المال

(٥)

الطعن بالنقض فى القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المال . قصره على المسائل المبينة على سبيل الحصر فى المادة ١٠٢٥ مرافعات . عزل الوصى وتعيين الأم وصية . عدم اندراجه بين هذه المسائل . اثره . عدم جواز الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

ثالثاً - الولاية على النفس

(١) المسائل المتعلقة بالمسلمين زواج

(٦)

١- عقد الزواج . عقد رضائى قوامه الايجاب والقبول وملزم للولى . تطلب القانون توثيقه لا ينفى عنه طبيعته الأصلية ولا يمس القواعد الشرعية المقررة . عدم التعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه . علة ذلك . بحث الشروط الموضوعية وحسم الخلاف حولها منوط بالقضاء دون جهة التوثيق .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(٧)

٢- عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بكرًا أم ثيبًا بدون إذن وليها . صحيح . نفاذه وكونه لازماً بالنسبة له . شرطه . أن يكون الزواج بكفاءة على صداق مثلها أو أكثر . مخالفة ذلك . اثره . احقية الولي في الاعتراض عليه وطلب فسخه أمام القضاء . سقوط هذا الحق برضائه بالزواج أو عدم اعتراضه عليه حتى ظهور الحمل على الزوجة أو ولادتها أو إذا أكمل الزوج الكفاءة المهر إلى مهر المثل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٨)

٣- وجوب تطبيق القانون المصري في شأن الشروط الموضوعية لصحة زواج المصري من أجنبية . المادتان ١٢ ، ١٤ مدني .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٢) طاعة

(٩)

١- دعوى اعتراض الزوجة على زوجها لها بالدخول في طاعته . وجوب تدخل المحكمة لانتهاء النزاع صلحاً بينهما . عدم كفاية مجرد عرض الصلح دون السعي له . التزام المحكمة بأثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة وأسباب الحكم . علة ذلك . مخالفته . اثره . بطلان الحكم.

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٧/١٠/١٩٩٨ ،

والطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، جلسة ١٣/٧/١٩٩٩)

(١٠)

٢- اعتراض الزوجة على اعلان الزوج لها بالدخول في طاعته في

المسكن المعد للزوجية وجوب تدخل المحكمة لانتهاء النزاع بين الزوجين
صلحاً . ١١م مكرراً ثانياً من م بق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠
لسنة ١٩٨٥ . علة ذلك عدم قيام محكمة الموضوع بدرجيتها بذلك . اثره .
بطلان الحكم .

(الطنن رقم ٨٧ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١١/٢/١٩٩٨)

(١١)

٢- وجوب أن تبين الزوجة بصحيفة الاعتراض على دعوة الزوج لها
بالدخول في طاعته الأوجه الشرعية التي تستند إليها في الامتناع عن
طاعته . خلوها منها . اثره . عدم قبول الاعتراض . ١١م مكرراً ثانياً من
م بق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بق رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطنن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١١/٣٠/١٩٩٨)

(١٢)

٤- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق
للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض لا يكون بذاته حاسماً في نفي
ادعاء الزوجة من مضاره في دعوى التطليق للضرر .

(الطنن رقم ٢٩٥ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١١/٣٠/١٩٩٨)

(١٣)

٥- دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها بالعودة لمنزل الزوجية
. ماهيتها . من دعاوى الزوجية حال قيامها . الحكم نهائياً بتطليق الزوجة
. اثره . عدم الاعتداد باعلانها للدخول في طاعته واعتباره كأن لم يكن .
علة ذلك .

(الطنن رقم ١٤٤ لسنة ٦٥ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٠/٥/١٩٩٩)

(١٤)

٦- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض أو إسقاط نفقة الزوجة . لا يكون بذاته حاسماً في نفي ادعاء الزوجة من مضاره في دعوى التطليق للضرر .

(الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

(١٥)

٧- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(١٦)

الموجز :

الطاعة حق للزوج على زوجته . شرطه . لا طاعة للزوج إن تعمد مضارة زوجته بالقول أو الفعل ومنها الاتهام بارتكاب الجرائم . علة ذلك . استعداء الزوج للسلطة ضد زوجته يجعله غير أمين عليها ، ويتجافى مع كونه الحماية والأمن والسكن لها . قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب الطاعة بالتطليق لعجزها عن الإثبات دون بحث أثر اتهام المطعون ضده لها بالسرقة على مدى أمانته عليها . فساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ٢٣٨ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

القاعدة

إن كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها إن تعمد مضارتها بالقول أو بالفعل ويندرج ، في ذلك اتهامها بارتكاب الجرائم ، ولا يتنافى ذلك مع كون التبليغ عن الجرائم من الحقوق المباحة للأفراد ، وإن

استعماله فى الحدود التى رسمها القانون لا يرتب مسئولية ، إلا أن الزوج بالنسبة للزوجة يمثل الحماية والأمن والسكن ، وهو ما يتجافى مع استعداداته للسلطة ضدها بما يجعله غير أمين عليها ، لما كان ذلك ، وكانت الطاعة قد قدمت صورة رسمية من المحضر الإدارى رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٩٣ أشمون ، الذى يتهمها فيه المطعون ضده بسرقة مصاغ دلت تحريات الشرطة على أنه خاص بها ، وإذ أهدر الحكم دلالة هذا المستند واعتبر الطاعة عاجزة عن إثبات دعواها بمقولة إن المطعون ضده هو الذى اشترى لها هذا المصاغ فيحق له الإبلاغ عن سرقة ، دون أن يعنى ببحث أثر هذا الاتهام على مدى أمانته عليها ، وذلك على خلاف مقتضى الإبلاغ بالسرقة على نحو ما سلف فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال .

(٢) طلب التطلاق أثناء نظر الاعتراض

على انذار الطاعة

(١٧)

١- طلب الزوجة التطلاق من خلال اعتراضها على الطاعة . وجوب اتخاذ اجراءات التحكيم إذا بان للمحكمة أن الخلف مستحکم بين الزوجين . م ١١ مكرراً ثانياً فقرة أخيرة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . عرض الصلح على الطرفين ورفضه من المطعون ضدها . كاف لثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين واستحکام الخلاف بينهما .

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٠/١١/١٩٩٨)

(١٨)

٢- دعوى التطلاق للضرر . م ٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطلاق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية . م ١١ مكرراً ثانياً من ذات القانون . علة ذلك . مؤداه . القضاء نهائياً برفض دعوى التطلاق للضرر . لا يمنع من نظر

طلب التطلاق المبدى من خلال الاعتراض على ائذار الطاعة .
(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ لحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٩)

الموجز :

انتهاء المطعون ضده فى طلباتها الختامية من خلال اعتراضها على ائذار الطاعة إلى طلب الحكم بتطليقها على الطاعن بائناً للضرر . مفاده . تنازلها عن الاعتراض على ائذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض . أثره . التزام المحكمة بالفصل فى طلب التطلاق فقط . علة ذلك . قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطلاق دون التعرض للاعتراض . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ لحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

القاعدة

(٣) لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضدها قد انتهت فى طلباتها الختامية المعدلة من خلال اعتراضها على ائذار الطاعة فى حضور الطاعن بجلسة ١٩٩٢/١١/٢٥ إلى طلب الحكم بتطليقها عليه بائناً للضرر ، مما مفاده تنازلها عن الاعتراض على ائذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض ، وينبنى على ذلك انه لا يكون مطروحاً على المحكمة إلا طلب التطلاق الذى يتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن الاعتراض لاختلاف المناط بين الطلبين ، من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على ائذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى منزل الزوجية ، وما إذا كان لديها مبرر شرعى يدعوها إلى عدم العودة إليه . بينما يقوم طلب التطلاق فى الدعوى الماثلة على استحكام الخلف بين الزوجين ، كما أن النشور يفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطلاق ، لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى بتطلاق المطعون ضدها على الطاعن -

وفقاً لطلباتها المعدلة - دون التعرض للاعتراض فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

٤- نفقة

(٢٠)

الحكم بالنفقة . اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التي اقتضت فرضها .

(الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٣ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ٦/٢٨/١٩٩٩)

٥- نسب

(٢١)

١- جواز اثبات الأخوة لأب بالبيئة . اعراض الحكم عن غير المقصود أو المطلوب بالدعوى . لا عيب . ثبوت النسب بالبيئة . أثره . لا حاجة لبحث أن المطلوب اثبات نسبه من زواج صحيح . علة ذلك . كفاية ثبوت النسب باحدى الطرق المقررة شرعاً .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(٢٢)

٢- ثبوت النسب قبل الولادة . شرطه . أن يكون الحمل ظاهراً ويصدر الاعتراف به من الزوج . النفي الذي يكون معتبراً قاطعاً للنسب . شرطه . عدم صحة النفي الذي يسبقه إقراراً بالنسب نصاً أو دلالة .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٣ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢١/٦/١٩٩٩)

(٢٣)

٣- الفراش . ماهيته . ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية

الصحيحة . شرطه . نفى الزوج نسب الولد . شرطه . أن يكون نفية وقت الولادة ، وأن يلاعن امرأته . تمام اللعان مستوفياً شروطه . أثره . التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه والحاقه بأمه . الاحتياط في ثبوت النسب . مؤداه . ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة . علة ذلك .
(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٢ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

٦- طلاق

(٢٤)

١- كل طلاق يقع رجعيًا لا المكمل للثلاث ، أو قبل الدخول أو على مال وما نص على كونه بائنًا . م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مفاده . الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . بائنًا .
(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٧٨ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٢٥)

٢- اشهاد الطلاق . من المحصرات الرسمية . لاثبات الموثق بها أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائنًا لوقوعه على مال - الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون ضده إلى الطعن بالتزوير . مخالفة للقانون .
(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

٧- تطليق

أسباب التطليق

التطليق للضرر

(٢٦)

الضرر :

ماهيته :

الضرر الموجب للتطليق . م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ماهيته . ايناء

الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما ، دخول فيه .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٦/١/١٩٩٩)

(٢٧)

٢- الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق . م ٦٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته . الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد . اختلافه عن التطلق للغيبة بشرائطها . المادتان ١٢ ، ١٣ من ذات القانون .

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢١/٦/١٩٩٩)

(٢٨)

٢- الضرر المبيح للتطلق . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها . كفاية اتفاق أقوال الشهود على ذلك . لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٢٩)

٤- الضرر الموجب للتطلق . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بأي نوع من أنواع الإيذاء المتعمد بالقول أو بالفعل . م ٦٥ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما . دخول فيه .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٤/٨/١٩٩٩)

(٣٠)

معياره :

١- الضرر ، معياره . شخصي لا مدى تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً . من سلطة قاضي الموضوع .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(٣١)

٢- الضرر الموجب للتفريق . م٦ من بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته ، معياره . شخصى لا مادى . استقلال قاضى الموضوع بتقدير أى من الزوجين المتسبب فى الضرر .
(الطنع رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٢)

شرطه :

١- التطبيق للضرر . م٦ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مصدره مذهب المالكية ، شرطه . ايقاع الزوج بزوجه اىذاء بالقول أو الفعل لا يكون عادة بين أمثالهما ، ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما . عدم اشتراط تكرار ايقاع الأذى بالزوجة .
(الطنع رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٣٣)

٢- التزام المحكمة بمحاولة الاصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطبيق للضرر ، وإلا كان قضاؤها باطلاً . عدم لزوم هذا الاجراء عند القضاء برفض الدعوى . علة ذلك .
(الطنع رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٤)

٢-الحكم بالتطبيق للضرر . شرطه . وقوع الضرر من الزوج دون الزوجة . م٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
(الطنع رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٥)

٤- التطبيق للضرر . م٦ من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . اضرار

الزوج بزوجه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وإن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما . عرض محكمة أول درجة الصلح على الطرفين ورفضه من وكيل المطعون ضدها . كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين . لا محل لاعادة عرضه امام محكمة الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩)

(٣٦)

٥- التتطبيق للضرر . م ٦٦ مرسوم بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين . عدم رسم القانون طريقاً معيناً لمحاولة الاصلاح واستيجاب حضور الزوجين معاً أو بشخصهما امام المحكمة عند اتخاذ هذا الاجراء عرض الصلح على وكيل المدعية ورفضه كادعاء لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٦٥ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٣٧)

من صور الضرر :

١- الضرر الموجب للتطبيق ماهيته . اثناء الزوج زوجته بالقول أو الفعل . م ٦٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما . دخول فيه .

(الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٧/١٠/١٩٩٩)

٢- اباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة غير مستطاع بين الزوجين . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٦/١/١٩٩٩)

(٣٨)

٣- إباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلاً . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(٣٩)

٤- إباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين غير مستطاع .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(٤٠)

رفع دعوى جديدة بالتطليق للضرر :

١- ادعاء الزوجة على زوجها اضراره بها . رفض دعاوها لعجزها عن اثبات الضرر . حقها في رفع دعوى جديدة بطلب التطليق لذات السبب . شرطه . أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت بها الدعوى الأولى .

(الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٤١)

٢- سبق صدور حكم برفض دعوى الزوجة بطلب التطليق للهجر . لا يحول دون رفع دعوى تطليق أخرى استناداً إلى الهجر الذي استتال إلى ما بعد صدور الحكم الأول .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/١٢/١٥)

(٤٢)

٣- بعث حكّمين إذا كرّرت الزوجة شكواها بطلب التّطليق للضرر .
شرطه . عدم ثبوت الضرر في الدّعى الثّانية . قضاء الحكم المطعون به
بالتّطليق استناداً إلى توافر المضارة الموجبة للتّطليق . صحيح النّعى
عليه بعدم اتّخاذ إجراءات التّحكيم . على غير أساس .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩)

(٤٣)

٤- الزوجة التي رفضت دعوها بطلب التّطليق للضرر . حقها في أن
ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التّطليق لذات السبب . شرطه . استنادها
إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدّعى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩)

(٤٤)

٥- للزوجة رفع دعوى جديدة بالتّطليق للضرر . شرطه . أن تستند
إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدّعى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٥ ق : احوال شخصية - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

(٤٥)

سلطة محكمة الموضوع في تقدير عناصر الضرر : محكمة
الموضوع . سلطتها في تقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتّطليق
دون رقابة عليها في ذلك . شرطه . ألا تعتمد على واقعة بغير سند وبيان
الحقيقة التي اقتنعت بها واقامة قضاها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩)

التطليق للزواج بأخرى

(٤٦)

١- الحكم بالتطليق . ١١م . مكرراً من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . اثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٧)

٢- الزواج بأخرى فى حد ذاته . لا يعد ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطليق . علة ذلك . على الزوجة اقامة الدليل على اصابتها بضرر منهياً عنه شرعاً حقيقياً وثابتاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس ومرتّباً عليها منافياً لحسن العشرة بين أمثالهما ، استبعاد المشرع الاضرار التى مرجعها المشاعر الانسانية للمرأة تجاه ضررتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٨)

٣- قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه بالتطليق لتضرر المطعون ضدها من زواج الطاعن بأخرى المتمثل فى اصابتها بالحزن والغيرة والاحباط . عدم بيان حقيقة الضرر واستقلاله بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتباً عليها . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٩)

٤- التطلاق للزواج بأخرى . ١١ مكرراً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩
المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . عجز المحكمة عن الاصلاح بين
الزوجين دون استلزام طريقاً معين للاصلاح او حضورهما شخصياً عند
اتخاذها . عرض محكمة أول درجة الصلح على الزوجين . رفضه من
احدهما . كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بينهما . لا حاجة لاعادة
عرضه امام محكمة الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .
(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٥٠)

٥- التطلاق وفقاً لنص المادة ١١ مكرراً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩
المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . اثبات الزوجة تحقق ضرر بها
لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وان
يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما . القضاء بالتطلاق دون محاولة التوفيق
بين الزوجين . أثره . بطلانه .
(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٦٥ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

التطلاق للحبس

(٥١)

أحقية زوجة المحكوم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر فى طلب
التطلاق عليه بعد مضى سنة من سجنه . م ١٤ من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
صدور العقوبة فى جنائية أو جنحة أثر له ، علة ذلك . عدم اشتراط أن يكون
الحكم الصادر بالعقوبة باتاً . كفاية أن يكون نهائياً . علة ذلك .
(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

التطليق لعجز الزوج

(٥٢)

تطليق الزوجة البكر بسبب عنة الزوج ، شرطه . وجوب امهاله سنة تتعاقب عليها الفصول الأربعة تبدأ من يوم الخصومة . وجود مانع شرعى أو طبيعى كالاحرام أو المرض . أثر بدء السنة حين زوال المانع . عدم احتساب غيبة الزوجة أو مرضها أو مرضه إن كان لا يستطاع معه الوقاع . عجز الزوج عن مداخلته زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٨) حضانة

(٥٣)

١- الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة . حجيتها مؤقتة . بقاؤها طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٥٤)

٢- الحكم نهائياً بإبقاء الصغير فى يد والدته . مناقضة الحكم المطعون فيه لحجيته - بقضائه بتأييد الحكم المستأنف بضم الصغيرة المطعون ضده - دون الاستناد لأسباب استجندت بعد صدور الحكم النهائى . أثره . جواز الطعن فيه بطريق النقض .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٥٥)

الحضانة كآثر للزواج . سريان القانون المصرى وحده عليها . إذا كان

أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده . م ١٤ مدنى .
(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٥٦)

٤- حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشرة سنة . بلوغ الصغير هذه السن . ليس حداً تنتهى به حضانة النساء حتماً ، علة ذلك . للقاضى بمقتضى سلطته التقديرية بما يحقق مصلحة الصغير ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٥٧)

الموجز :

٥- الأم أحق النساء بحضانة الصغير .. عدم وجودها أو عدم أهليتها للحضانة . أثره ، انتقال حق الحضانة إلى من يليها . م ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تقديم أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهما فى درجة القرابة . علة ذلك .
(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

القاعدة

النص فى الفقرة الخامسة من المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، على أنه ، ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى : الأم فأم الأم وإن علت . فأم الأب وإن علت .. إلخ ، مما مفاده ان أحق النساء بحضانة الصغير أمه ما دامت أهلاً للحضانة ، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانة ، انتقل حق الحضانة إلى أم الأم مهما علت ، ثم إلى أم

الأب وإن علت ، وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما
درجة القرابة ، لأن قرابة الأولى من جهة الأم ، وقرابة الثانية من جهة الأب ،
وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم ، فالمنتسبة بها تكون أولى من
المنتسبة بالأب.

(٩) متعة

(٥٨)

الاختصاص بدعوى المتعة :

دعوى المتعة . انعقاد الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية . علة ذلك .
اثره . أن ميعاد استئناف الحكم الصادر فيها ثلاثين يوماً .
(الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٥/٦/١٩٩٩)

(٥٩)

شروط استحقاقها :

١- المتعة شروط استحقاقها . أن يكون الطلاق بغير رضاء الزوجة
ولا بسبب من قبلها .
(الطعن رقم ١٢١ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٥/١٢/١٩٩٨)

(٦٠)

٢- استخلاص محكمة الموضوع أن الطلاق كان بدون رضاء الزوجة
ولا بسبب من قبلها . إقامة قضاؤها على أسباب تكفي لحمله . اطراحها
المستندات المقدمة للتدليل على رضاء المطعون ضدها . لا عيب . علة
ذلك .

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٦١)

٢- المتعة . شروط استحقاقها . طلاق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح دون رضاها ولا بسبب من قبلها ، تقديرها بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الظمن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٤ ق ، أحوال شخصية - - جلسة ١٢/٧/١٩٩٩)

(٦٢)

ما لا يؤثر في استحقاقها :

ترك الزوجة مسكن الزوجية . لا أثر له في استحقاق المتعة . علة ذلك . لا يفيد رضاها بالطلاق أو أنه كان بسبب من جانبها . الاستثناء . أن يكون الترك هو السبب المباشر في فسخ عرى الزوجية . المنازعة في ذلك جدل موضوعي في تقدير المحكمة لأدلة الدعوى . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الظمن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق ، أحوال شخصية - - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٦٣)

اثبات توافر شروط استحقاقها :

استحقاق المطلقة للمتعة . شرطه . وقوع الطلاق دون رضاها وبغير سبب من قبلها . اثبات ذلك بالبينة الشرعية . تحققه . شهادة رجلين أو رجل وامرأتين . م ٢٨٠ لائحة شرعية ٨

(الظمن رقم ٧٠٤ لسنة ٦٧ ق ، أحوال شخصية - - جلسة ١٨/١٢/١٩٩٨)

(٦٤)

تقديرها :

١- المتعة . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة محكمة

النقض . شرطه . ألا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ٦/٢٨/١٩٩٩)

(٦٥)

٢- المتعة . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض . شرطه . ألا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ٦/٢٢/١٩٩٩)

(٦٦)

٣- قضاء الحكم المطعون فيه بتعديل مقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقدير بحكم النفقة الصادر لصالح الطاعنة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطعون ضده المالية تغيرت بعد هذا الحكم . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ٦/٢٧/١٩٩٩)

(٦٧)

التنازل عنها :

الموجز :

اشهاد الطلاق من المحررات الرسمية . طلاق الطاعن للمطعون ضدها مقابل أدائها له من حقوقها الشرعية . مؤداه ، اسقاط حقها في المتعة التي تندرج في تلك الحقوق مالم تطعن على الاشهاد بالتزوير .

(الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ٥/٢٤/١٩٩٩)

القاعدة

لما كان البين من اشهاد الطلاق المؤرخ ١٩٩٢/٢/٣ أن الطاعن طلق المطعون ضدها مقابل إبرائها له من مؤخر الصداق ونفقة العدة وجميع حقوقها الشرعية التي تندرج فيها المتعة بما يدل على أنها أسقطت حقها فيها ، لا سيما وأنها لم تطعن على ما جاء بأشهاد الطلاق على هذا النحو بالتزوير ، وهو من المحررات الرسمية التي لا تقبل الطعن على ما أثبتته الموثق بها من بيانات من ذوى الشأن أمامه إلا بطريق التزوير ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بمتعة للمطعون ضدها ، فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى مما أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون .

(١٠) الاعتقاد الدينى

(٦٨)

الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية . تُبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان . بحث القاضى جديتها أو بواعثها ودواعيها . غير جائز .

(الطنن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ ق د أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١١) ردة

(٦٩)

اعتبار أولاد المرتدين مسلمين تبعاً لأبائهم . شرطه . ولادتهم قبل الردة . عدم اتباع أبائهم فى الردة . المولود بعد الردة . لا يكون مسلماً . انقطاع تبعيته لأبويه فى الدين بعد بلوغه عاقلاً . الحاقه بعد البلوغ بالملة التى يختارها . علة ذلك .

(الطنن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ ق د أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٢) وصية

(٧٠)

١- الوصية . وجوب تضمينها التعريف بالوصى له تعريفاً واضحاً نافياً

عنه الغموض والجهالة . علة ذلك . هي تمليك بعد الموت . الوصية لرجل أو لمن لا يحصون . تجهيل لا يمكن رفعه بالموصى له . الاستثناء ذكر لفظ ينبئ عن الحاجة كالفقراء . أثره . صحة الوصية . علة ذلك . النص في المادة ٢٠ من قانون الوصية على صحتها لمن لا يحصون واختصاص المحتاجين منهم بها . لا اثر له . المقصود عدم الاحصاء من حيث العدد لا من حيث التجهيل بالموصى لهم .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨)

(٧١)

٢- الايصاء للعرب في مشارق الأرض ومغاريها بالتركة . عدم تضمينه لوصف منضبط للموصى لهم . غموض وتجهيل . أثره . بطلان الوصية .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨)

(٧٢)

٣- الوصية تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعد الوفاة . للوصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام حياً . كيفية ذلك . الايصاء بوصيتين متنافيتين في محل واحد . أثره . بطلان الأولى . رجوع الموصى في الوصية اللاحقة عن الوصية الأولى . وجوب الاعتداد به وإن شاب الوصية الثانية بطلان لا يتعلق بإرادته في الرجوع عن الوصية الأولى .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨)

(٧٣)

٤- استخلاص الرجوع عن الوصية . واقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديره ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائفة لها سندها من الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التي انتهت إليها . المنازعة في ذلك . كل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨)

(٧٤)

٥- الاستحقاق فى التركة بالوصية الواجبة شرطه .

(الطنن رقم ١٤٢٢ لسنة ٦٢ ق ١ احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٧٥)

٦- الوصايا الواقعة من سنة ١٩١١ أفرنجية وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بها - بعد وفاة الموصى - ما ينبى عن صحتها .
مثال ، .

(الطنن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٢) وقف

(٧٦)

١- غرض الواقف . للقاضى استظهاره من مجموع كلامه فى كتاب الوقف كوحدة متكاملة .

(الطنن رقم ٦٢٩ ق ١ احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٢٠)

(٧٧)

٢- انتهاء الخبر إلى استحقاق مورث المطعون ضدهم معاشاً لريع الوقف طبقاً لحجته . قضاء الحكم المطعون فيه اعتماداً على ما ورد بالتقرير باستحقاق المطعون ضدهم لذلك المعاش دون بيان أساس انتقال المعاش لهم من مورثهم . وفساد وقصور .

(الطنن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٦ ق ١ احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٧٨)

٢- غرض الوقف . للقاضى استظهاره من مجموع كلامه فى كتاب الوقف كوحدة متكاملة .

(الطنن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق ١ احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

١- المسائل المتعلقة بغير المسلمين

(١) الدخول في المسيحية

الدخول في المسيحية . ماهيته . عمل ادارى من جانب الجهة الدينية المختصة . تمامه . باتمام الطقوس والمظاهر الخارجية بقبول الجهة الدينية وقيد من يطلب الانضمام إليها في سجلاتها واعتباره عضواً يتبعها ويمارس طقوسها .

(الطنن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ق و احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٨٠)

(٢) زواج ، موانع الزواج

العجز الجنسي . اعتباره مانعاً من موانع انعقاد الزواج . شرطه . ان يكون سابقاً عليه ومتحققاً وقت قيامه . اثره . بطلان عقد الزواج بطلاناً مطلقاً .

(الطنن رقم ٤٨٢ لسنة ٦٤ق و احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨١)

(٢) طاعة

١- الأحكام التي يتعين تطبيقها من شرائع غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة . ماهيتها . الأحكام الموضوعية في الشريعة الخاصة واجبة التطبيق . ما يتبع في دعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية . م١١ مكرر ثانياً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بق ١٠ لسنة ١٩٨٥ . من قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات . سريانها على جميع منازعات الطاعة (أي كانت ديانة أطرافها .

(الطنن رقم ٨٧ لسنة ٦٤ق و احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٢)

(٨٢)

٢- الجنون المطبق أو المرض الذى لا يمكن البرء منه . من أسباب التطلاق فى لائحة الأتباط الأرثوذكس . م ٥٤ من اللائحة . عدم صلاحيته بذاته متمسكاً للزوجة فى الاعتراض على انذار الطاعة الموجه إليها من زوجها . علة ذلك .

(الطن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨٣)

٢- للزوجة التمسك بالاقامة فى مسكن مستقل لا يشاركها فيه أحد من أقارب زوجها سوى أولاده من غيرها إن وجدوا . م ١٤٩ من لائحة الأتباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ . القضاء بعدم الاعتداد بانذار الطاعة الموجه للطاعة من المطعون ضده - طالب التطلاق - على سند من عدم شرعية مسكن الطاعة لانشغاله بسكنى والدته . مؤداه . أن الفرقة ترجع إلى اخلاله بالتزامه باعداد المسكن الشرعى فلا يصح أن يستفيد من خطئه . قضاء الحكم المطعون فيه باجابته إلى طلب التطلاق . خطأ .

(الطن رقم ٦٨٦ لسنة ٦٨ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

(٨٤)

(٤) تطليق

١- التطلاق لاستحكام النفور والفرقة . م ٥٧ من لائحة الأتباط الأرثوذكس . شرطه . استحكام النفور بين الزوجين الذى تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة واستطالة الفرقة بينهما بسبب هذا النفور مدة ثلاث سنوات متصلة والا يكون طالب التطلاق المتسبب فى الفرقة .

(الطن رقم ٧٧ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٨٥)

٢- التطلاق لاستحكام النفور بين الزوجين وافتراقها ثلاث سنوات متتاليات . شرطه . م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . المقصود باستحكام النفور . وجوب ألا يكون راجعاً إلى خطأ الزوج طالب التطلاق . لا محل لأعمال المادة متى كانت الفرقة أو واقعة الهجر المنسوبة لأحد الزوجين مردها إلى إخلال الزوج طالب التطلاق بواجباته نحو الآخر .

(الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٨ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

(٨٦)

٣- تقدير سوء السلوك والاعتداء الذي يعرض حياة الزوج الآخر أو صحته للخطر . المادتان ٥٥ ، ٥٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها ، وإن تقيم قضاءها على أسباب سائفة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم في كافة مناهى دفاعهم والرد استقلالاً على كل قول أو طلب أو حجة أثاروه ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلاً الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ٢١/٦/١٩٩٩)

(٨٧)

٤ - التطلاق لاستحكام النفور بين الزوجين وافتراقهما ثلاث سنوات متتاليات . شرطه . م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . المقصود باستحكام النفور . وجوب ألا يكون راجعاً إلى خطأ طالب التطلاق .

(الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

(٨٨)

(٥) النسب

قبول دعوى النسب بعد وفاة المورث . شرطه . أن تكون ضمن دعوى الحق في التركة . نظر المحكمة دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين ،

مؤداه. نظرها لدعوى النسب . علة ذلك .

(الطنن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨٩)

رابعاً - دعوى الاحوال الشخصية

(أ) الاختصاص بها

الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٢٤ من اللائحة . جواز رفعها أمام المحكمة التي يقع بدائرتها محل إقامة المدعية . شرطه . أن تكون زوجة أو أمّاً أو حاضنة .

(الطنن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٩٠)

(ب) انعقاد الخصومة (بالحضور أو بالاعلان)

١- اكتساب أحد طرفي الخصومة صفة من الصفات المبينة بالفقرات ٦، ٧، ٨ من المادة ١٢ مرافعات . وجوب أن يكون معلوماً للخصم الآخر علماً يقينياً وقت مباشرته الاعلان وإلا حق اتباع القواعد الأصلية في الاعلان . « مثال بشأن اعلان افراد القوات المسلحة » .

(الطنن رقم ١٨٠ لسنة ٦١ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٢)

(٩١)

٢- حضور الطاعن أمام محكمة أول درجة بعد تاريخ العمل بقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . تنعقد به الخصومة ، سواء شاب اجراءات اعلان صحيفة الدعوى البطالان ، أو لم تكن أعلنت أصلاً . علة ذلك .

(الطنن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٢)

٣- انعقاد الخصومة . شرطه . اعلان المدعى عليه اعلاناً صحيحاً بصحيفة الدعوى أو حضوره بالجلسة . لا محل لاشتراط تنازله صراحة أو ضمناً عن حقه فى الاعلان . م ٦٨ مرافعات المضافة بالقانون ٢٢ لسنة ١٩٩٢ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١١/٢٠/١٩٩٨)

(٩٣)

٤- عدم وجود من يصح تسليم صورة الاعلان إليه . اثره . التزام المحضر بتسليمها إلى جهة الادارة وتوجيه كتاب مسجل بذلك للمعلن إليه . تحديد تاريخ وساعة ذلك الاعلان .

العبرة فيه بتاريخ وساعة تسليم الصورة المعلنه لجهة الادارة .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٩)

(٩٤)

٥- عدم التزام المحضر بالتحقق من صفة مستلم الاعلان او حقيقة علاقته بالمعلن إليه .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٩)

(٩٥)

٦- ممثل الطاعن بجلوسات المرافعة والتحقيق بشخصه أو بوكيل عنه وابداء طلباته . اثره . انعقاد الخصومة . مؤداه . النعى بعدم اعلانه بالدعوى وبحكم التحقيق . غير منتج .

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٩)

(٩٦)

٧- المواجهة بين الخصوم . تحققها بالاعلان الصحيح أو بالعلم اليقيني الذي يتمثل في حضور الخصم أمام القضاء ومتابعته السير في الدعوى.

(الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٩٧)

(ج) شروط قبول الدعوى

المصلحة :

١- الدعوى ، مناطها . المصلحة سواء كانت حالة أو محتملة . م ٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٦٢ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٨)

٢- دعوى التطلاق يترتب عليها آثار مالية للورثة ، ايراد الحكم المطعون فيه بأسبابه أن لورثة المطلقة مصلحة في التدخل في الاستئناف لما لهم من حق مالي في تركها . صحيح .

(الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٦٢ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٩)

سماع الدعوى :

دعوى الزوجية . عدم سماعها عند الانكار إلا بوثيقة رسمية . م ٩٩/٤ من م بق ٧٨ لسنة ١٩٣٩ . لا عبء بما إذا كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق مالي آخر . استثناء دعوى النسب . سريان المنع سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتهما أو النيابة العامة .

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٠٠)

(د) نطاق الدعوى

الطلبات فى الدعوى :

١- تحديد طلبات الخصم . العبرة فيه بحقيقة ما يرمى إليه ويطلب الحكم به .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠١)

٢- الطلب فى الدعوى . ماهيته . القرار الذى يطلبه المدعى حماية للحق أو المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠٢)

٢- تعديل الطلبات فى الدعوى من قبيل الطلبات العارضة . كيفية ابدائه وحالاته . م ١٢٤ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٠٣)

٤- العبرة بالطلبات الختامية فى الدعوى . لا بالطلبات السابقة عليها.

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٠٤)

السبب فى الدعوى :

سبب الدعوى . ماهيته . الواقعة أو الوقائع التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب . عدم تغيره بتغيير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠٥)

(٥) إجراءات نظير الدعوى

سرية الجلسة :

الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . وجوب نظرها فى غير علانية على أن يصدر الحكم فيها علناً . م ٨٧١ ، ٨٧٨ مرافعات . الأصل فى الاجراءات أنها روعيت ما لم يقر الدليل على غير ذلك . خلو محضر الجلسة التى صدر فيها الحكم مما يفيد النطق به فى غرفة مشورة . مفاده . صدوره فى علانية .

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٠٦)

تدخل النيابة العامة :

١- مسائل الأحوال الشخصية . ماهيتها . وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع . الأحكام الصادرة فيها . حجيتها مطلقة قبل الكافة سواء كانت مقررّة أو منشئة لما تضمنته من حقوق . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٤ ،

والطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٠٧)

٢- رأى النيابة . ليس من البيانات التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم طالما أن النيابة أبدت رأيها بالفعل .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٠٨)

٣- تفويض النيابة العامة الرأى للمحكمة فى قضايا الأحوال

الشخصية ابداء للرأى فيها يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وابداء
الرأى فيها

(الطنن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(١٠٩)

ضم الدعاوى :

عدم اندماج الدعاوى المنضمة وفقدان كل منها استقلالها إذا اختلفت
سبباً وموضوعاً تقابل الطلبات فى هذه الدعاوى واتحادها سبباً وخصوصاً
. أثره . اندماجها وفقدان كل منها استقلالها

(الطنن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٢ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١١٠)

التحكيم فى الدعوى :

١- جهل الحال على الحكمين وعدم معرفة المسمى من الزوجين
واستحكام الخلاف بينهما . اقتراح الحكمين التطبيق دون بدل . لا حاجة
لتحرى أسباب الخلاف أو المسئول عنه .

(الطنن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١١١)

٢- الختمان طريقيهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . اتفاقهما على
رأى . أثره وجوب أخذ القاضى به دون تعقيب

(الطنن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١١٢)

٣- التزام الحكمين باخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم
١/٩م من ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بق ١ لسنة ١٩٨٥ عدم استلزام
شكلاً خاصاً فى الاحطار وحضور الزوجين معاً غياب احدهما لا يرتب

بطلان اجراءات التحكيم . اثره . وجوب استمرار الحكمين فى المهمة المنوطة بهما .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٦٥ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١١٣)

٤- طلب الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . وجود تدخل المحكمة بين الزوجين لانتهاء النزاع صلحاً واتخاذ اجراءات التحكيم إذا تبين استحكام الخلاف بينهما . اتفاق الحكمين على التطلق . اثره . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين والتزام القاضى به وامتناعه عن احالة الدعوى إلى التحقيق . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٦٥ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١١٤)

٥- التزام المحكمة باتخاذ اجراءات التحكيم فى دعوى التطلق . حالاته . أن تكرر الزوجة طلب التطلق ولم يثبت ما تشكو منه بعد رفض دعواها الأولى : أو إذا طلبت التطلق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوتها لها للعودة لمنزل الزوجية وثبت أن الخلاف مستحكم بين الزوجين . المادتان ٦ ، ١١ مكرر ثانياً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١١٥)

٦- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . اتفاقهما على رأى . اثره . وجوب امضاء الحاكم له دون تعقيب .

(الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١١٦)

٧- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه . اتفاقهما على رأى . اثره . التزام القاضى به دون تعقيب .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٧)

٨- التزام المحكمة باتخاذ اجراءات التحكيم . شرطه . أن تطلب الزوجة التطليق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبوت أن الخلف مستحكم بين الزوجين ١١٠٠ مكرر ثانياً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٨)

٩- الحكمان . شرطهما . أن يكونا عدلين رشيدين من اهل الزوجين عدم وجود من يصلح لهذه المهمة من اقارب الزوجين . اثره . تعيين القاضى حكيمين اجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٩)

١٠- النعى بأن الحكمين من غير اهل الزوجين أو بأنهما لا يقوما بعملهما على الوجه الصحيح رغم مثول الطاعن أمامهما ولم يعترض على ذلك . دفاع يخالطه واقع . التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض . غير مقبول .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٢٠)

١١- انتهاء الحكمين إلى التفريق بين الطرفين لاستحكام الخلاف بينهما بما يستحيل معه دوام العشرة . مؤداه . نفاذ قرارهما في حق الزوجين وإن لم يرتضياه والتزام القاضى به . علة ذلك . احالة الدعوى إلى التحقيق من بعد . غير جائز .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٢١)

(و) الدفاع والدفع في الدعوى

١- الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم اعلان صحيفته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها . م ٧٠ مرافعات . دفع شكلى غير متعلق بالنظام العام . وجوب ابدائه قبل التعرض للموضوع . كيفية ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٢٢)

٢- أوجه الدفاع المتعلقة بالإجراءات التى يباشرها قاضى التحقيق لدى محكمة الموضوع . وجوب التمسك بها فى جلسات المرافعة التالية لجلسة التحقيق . عدم جواز التحدى بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٢٣)

٣- دفاع لا يغير وجه الرأى فى الدعوى . عدم تناوله الحكم بالرد . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق هـ أحوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٢٤)

٤- الطلب أو وجه الدفاع الجازم الذى جزم أن يترتب عليه تغيير وجه

الرأى فى الحكم . التزام محكمة الموضوع بالاجابة عنه بأسباب خاصة .
اغفال مواجهته الرد عليه . قصور .

(الطنع رقم ٥٩ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٢٥)

٥- اغفال الحكم المطعون فيه الاشارة إلى دفع الطاعة بعدم قبول
الاستئناف شكلاً وخلو الأسباب من الفصل فيه . قصور .

(الطنع رقم ٦٤٨ لسنة ٦٧ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٣/١٥)

(١٢٦)

٦- وجوب ايراد الحكم خلاصة موجزة للدفع ولو لم تكن جوهرية .
اغفال الحكم الرد عليها ، أو على أوجه الدفاع الجوهرى . قصور فى
الأسباب الواقعية يرتب البطالان . علة ذلك .

(الطنع رقم ٦٤٨ لسنة ٦٧ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٣/١٥)

(١٢٧)

(ز) الاثبات فيها

القانون الواجب التطبيق :

الاثبات فى مسائل الأحوال الشخصية . اجراءات الاثبات الشكلية .
خضوعها لقانون المرافعات . قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل .
خضوعها لأحكام الشريعة الاسلامية . م ٥ ، ٦ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، م
٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(الطنع رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٢٨)

عبء الاثبات :

الأصل فى الاجراءات انها روعيت . على من يدعى مخالفتها اقامة

الدليل على ذلك . جحد الثابت بورقة الحكم أو مسودته من بيانات بطريق
الطعن بالتزوير .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٢٩)

دائرة اثبات :

الكتابة : المحررات الرسمية :

١- محضر اعلان أوراق المحضرين من المحررات الرسمية . حجيته
مطابقة على ما دون بها من بيانات باشرها محررها فى حدود مهمته . عدم
جواز المجادلة فى صحتها ما لم يطعن بتزويرها وثبوته .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٣٠)

٢- المحررات الرسمية . حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها
فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين
تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . م ١١ اثبات .

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٣١)

٣- المحررات الرسمية . حجيتها على الكافة بما دون فيها من أمور
قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . ما
لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة . م ١١ اثبات .

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٣٢)

البيئة :

١- الشهادة . وجوب موافقتها للدعوى . شهادة الشهود بأكثر مما

ادعاه المدعى أو بغيره . اثره . عدم قبولها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٣٣)

٢- جواز طلب الاحالة إلى التحقيق لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .
عدم استجابتها له بعد أن تقاعس الطالب عن احضار شهود النفى أمام
محكمة أول درجة . لا عيب طالما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى
لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٣٤)

٣- اقامة المدعى البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين
المدعى على أنه محق في دعواه . غير مقبول . علة ذلك . البينة على من
ادعى واليمين على من أنكر .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٣٥)

٤- شهادة القرايات بعضهم لبعض . جائزة في المذهب الحنفى .
الاستثناء . شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين لصاحبه .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٣٦)

٥- الأصل في الشهادة . وجوب معاينة الشاهد . حل الشهادة بنفسه .
الشهادة بالتسامع في اثبات نفى مضارة أحد الزوجين الآخر . غير
جائزة . نصابها . شهادة أصلية من رجلين عدلين ، أو من رجل وامرأتين
عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة بالتسامع في اثبات مضارة
الطاعن بالمطعون ضدها . مخالفة للقانون .

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

والطعن رقم ١٩٦ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١٣٧)

٦- قبول شهادة القربات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه . شرطه . ألا تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغرم أو دفع مغرم .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩ .
والطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٦/٤/١٩٩٩ .
والطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(١٣٨)

٧- اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان . لا اثر له في قبول شهادتهما في الفقه الحنفى ، طالما أن المشهود به قبولاً محضاً .
(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩)

(١٣٩)

٨- الأصل في الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه .
الاستفادة من ما يقع في اثبات أو نفى مضاره أحد الزوجين للآخر . غير
مستثناة . البيئة فيها - وفقاً للراجع في فقه الأحناف - شهادة أصلية من
رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه
بالشهادة السماعية في اثبات مضارة بالمطعون ضدها . خطأ .
(الطعن رقم ٥٢٢ لسنة ٦٨ ق : أحوال شخصية - جلسة ٧/٦/١٩٩٩)

(١٤٠)

٩- قبول الشهادة على حقوق العباد . شرطه . أن تكون موافقة
للدعوى . كالكفاية التامة والموافقة الضمنية . ماهيتها . كفاية الموافقة في
المعنى دون اللفظ .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(١٤١)

١٠- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامح فى اثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين من الآخر . غير جائزة .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٢)

١١- الشهادة على الضرر الموجب للتطليق - وفقاً للمراجع فى فقه الأحناف - نصابها . رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول م . ٢٨ لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٣)

١٢- التعدد فى الشهادات . شرط صحتها . اتفاقها مع بعضها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٤)

١٣- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامح فى اثبات أو نفى الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها . غير جائزة . نصابها . شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة بالتسامح فى اثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها . خطأ وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٧/١٢)

(١٤٥)

الاقرار :

الاقرار الذى يعتبر حجة قاطعة على المقر . ماهيته . الاقرار الصادر

منه فى مجلس القضاء وفى ذات النزاع الخاص بالواقعة المدعى بها عليه .
الاقرار غير القضائى الصادر من المقر فى نزاع آخر ، او فى غير مجلس
القضاء . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع التى لها مطلق الحق فى
تقدير قوته فى الاثبات باعتباره دليلاً كاملاً أو مبداً ثبوت بالكتابة أو مجرد
قريضة . شرطه . ان يكون تقديرها سائغاً .

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(١٤٦)

(ج) اعادة الدعوى للمرافعة :

النطق بالأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها
الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة . اعتبارها اعلاناً للخصوم بها ،
شرطه أن يكون الخصم قد حضر احدى الجلسات أو قدم مذكرة بدفاعه ،
وان يكون سير الجلسات عقب ذلك متتابعاً لم يعترضه عائق . علة ذلك .
انقطاع تسلسل الجلسات من بعد . اثره . التزام قلم الكتاب باعلان من لم
يحضر من الخصوم بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . م ١٧٤
مكرر مرافعات المضافة بق ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

(الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٣ ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٤٧)

(ط) المسائل التى تعترض سير الخصومة فى الدعوى :

ترك الخصومة :

١- ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من
التارك أو من وكيله . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل معين
للمذكرات أو تحديد طريق معين لتقديمها . اقرار التارك الموقع من وكيل
الطاعن والمصدق عليه بمكتب التوثيق . تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن

بالنقض . مؤداه . تحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٦٦ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٤٨)

٢- ترك الخصومة . كفيته . ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل معين للمذكرات أو تحديد طريق معين لتقديمها . الاقرار المنسوب إلى الطاعن والمصدق عليه . تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض . مؤداه . تحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٦)

(١٤٩)

(ي) الحكم في الدعوى :

وصف الحكم :

انقضاء الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها في مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه . المادتان ٢٨٣ ، ٢٨٥ لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٥٠)

تسبيب الحكم :

١- الأحكام . وجوب أن تكون مبنية على أسباب واضحة جلية تنم عن تحصيل فهم الواقع في الدعوى مما له سند من الأوراق .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٥١)

٢- إحالة الحكم في أسبابه إلى أسباب حكم آخر أو التعديل عليها .

شرطه . أن يكون مودعاً ملف الدعوى . لا يغير من ذلك صدورهما من ذات المحكمة فى نفس اليوم بين الخصوم أنفسهم . علة ذلك . اعتماد المحكمة على علمها الشخصى . غير جائز .

(الطعن رقم ٦٥ لسنة ٦٨ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٥٢)

٢- وجوب اشتغال الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة . م ١٧٨ مرافعات .

(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٥ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٥٣)

عيوب التدليل (القصور) :

١- إقامة الطاعنة دعواها بطلب التفريق على عدة أسباب . قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف بالتطبيق ، اقتضاه على بحث أحد هذه الأسباب رغم عدم التنازل عن الأسباب الأخرى . قصور .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٦٤ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٦)

(١٥٤)

٢- إغفال الحكم بحث مستندات مؤثرة فى الدعوى . قصور مبطل للحكم ، مثال يصدر قصور الحكم فى الرد على المستندات المقدمة من الطاعنة للتدليل على عدم حيازة المطعون ضده لمسكن الطاعنة .

(الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٦٢ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٥٥)

٢- إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه برفض دعوى التطبيق على سند من عدم اطمئنانه لأقوال شاعدى الطاعنة دون أن يعرض لما قدمته من مستندات وما لها من دلائله قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى

وتحقيق دفاعها في هذا الشأن . قصور .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٥٦)

٤- اغفال الحكم بحث مستندات مؤثرة في الدعوى . قصور مبطل له .

(الطعن رقم ٢٧ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٥٧)

٥- الطلب أو وجه الدفاع الجازم الذي يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى . التزام محكمة الموضوع بالرد عليه . اغفالها ذلك . قصور .

(الطعن رقم ١٤٢٢ لسنة ٦٢ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٥٨)

٦- تقديم الخصم لمحكمة الموضوع مستندات تؤثر في النتيجة التي انتهى إليها الحكم وتمسكه بدلالاتها . التفتات الحكم عن بحثها وتمحيصها . قصور .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦٥ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٥٩)

٧- التفتات الحكم عن التحدث عن مستندات قدمها الخصم . تمسك بدلالاتها . قصور .

(الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٦٤ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ ق هـ احوال شخصية هـ - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٦٠)

الفساد في الاستدلال :

١- فساد الحكم في الاستدلال ، ماهيته . استناد المحكمة في اقتناعها

إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو عدم فهم الواقعة التي تثبت لديها أو وقوع تناقض بين هذه العناصر .
(الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٦٧ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦١)

٢- فساد الحكم في الاستدلال . ماهيته استناد المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها ، أو إلى عدم فهم الواقعة التي تثبتت لديها أو استخلاص الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما استخلصته .

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٦٢)

٢- فساد الحكم في الاستدلال . ماهيته .

(الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٦٤ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢ ،
والطعن رقم ٧٧ لسنة ٦٥ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢ ،
والطعن رقم ١٧٣ لسنة ٦٥ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٦٣)

مخالفة القانون :

الأصل في الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه .
الشهادة بالتسامع على إثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين للآخر . غير جائزة . البينة فيها - وفقاً للراجع في فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية في إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها . مخالفة للقانون .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٦٧ ق ، أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١٦٤)

الخطأ فى تطبيق القانون :

التطليق للزواج بأخرى . شرطه . اختلاف السبب فى هذه الدعوى عن السبب فى دعوى التطليق لعدم الانفاق . علة ذلك . اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه على أساس المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فى حين أن سبب الدعوى استند إلى المادة ١١ مكرراً من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ١١٢ لسنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٦٥)

حجية الحكم :

١- اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى . شرطه . أن يصبح اثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى وإن طعن عليه بطريق غير عادى .

(الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٢ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦٦)

٢- اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى بالنسبة للدعوى اللاحقة . شرطه . اتحاد الموضوع والسبب والخصوم فى الدعويين . تخلف أحد هذه العناصر . اثره . عدم توافر أركان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٦٧)

٣- القضاء النهائى فى مسألة أساسية . مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من

الطرفين قبله الآخر من حقوق مترتبة عليها . اكتساب الحكم السابق قوة الأمر المقضى وإن كان الفصل فى المسألة الأولية وارداً فى أسبابه المرتبطة بمنطوقه ارتباطاً وثيقاً .

(الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٦٨)

حجية الحكم الجنائى :

١- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية ، شروطها . أن يكون باتاً باستنفاد طرق الطعن فيها أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦٩)

٢- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . شرطه . أن يكون باتاً لا يقبل الطعن . « مثال » .

(الطعن رقم ٤ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١٧٠)

٣- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية شرطها .

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(١٧١)

٤- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . شرطه . أن يكون باتاً إما لاستنفاد طرق الطعن العادية فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٦٤ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٧٢)

استنفاد الولاية :

القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها إحالة الدعوى

من بعد إلى التحقيق لاثبات أو نفى واقعة تتعلق بالمسألة التي سبق
الفصل فيها . غير جائز .

(الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٤)

(١٧٣)

(ك) الطعن في الحكم

الاستئناف :

القانون الواجب التطبيق :

١- استئناف الأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية التي
كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . خضوعه في إجراءاته لمواد
الفصل الثاني من الباب الخامس من الكتاب الرابع من المرسوم بقانون
رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية دون القواعد الواردة
في قانون المرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٨)

(١٧٤)

٢- استئناف الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية
والوقف . خضوعه للقواعد الواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دون
قواعد قانون المرافعات . المادتان ١٣,٥ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٦٨ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٧٥)

ميعاد الاستئناف :

١- ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في مواجهة الخصوم . احتسابه
من اليوم التالي لصدورها وانتضائه اليوم الأخير منه . م ٣٠٧ ، ٣٠٨ .
لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٧٦)

٢- خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قواعد خاصة بحساب مواعيد الاستئناف . مقتضاه - وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات فى هذا الخصوص . الميعاد . عدم دخول يوم حدوث الأمر المجرى له فى احتسابه انقضائه بانقضاء اليوم الأخير منه ما لم يصادف عطلة رسمية فيمتد إلى أول يوم عمل بعدها . م ١٥ ، ١٨ . مرافعات .

(الطنن رقم ٥٧٨ لسنة ٦٨ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٠/٥/١٩٩٩)

(١٧٧)

٣- استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . خضوعه لقواعد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . المادتان ٥ و ١٣ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . مؤداه . ميعاد استئناف هذه الأحكام ثلاثين يوماً . م ٣٠٧ من اللائحة المذكورة .

(الطنن رقم ٣١٦ لسنة ٦٤ ق : أحوال شخصية - جلسة ١٥/٦/١٩٩٩)

(١٧٨)

٤- ميعاد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى مواجهة الخصوم ثلاثين يوماً تبدأ من يوم صدورها . المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ لائحة شرعية . احتسابه من اليوم التالى لصدورها وانقضائه بانقضاء اليوم الأخير منه .

(الطنن رقم ٧٣٣ لسنة ٦٨ ق : أحوال شخصية - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

(١٧٩)

رُفْعُ الاستئناف :

١- استئناف الأحكام الصادرة فى أنزعة الأحوال الشخصية المتعلقة بالأجانب رفعه بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه وفقاً للكتاب الرابع من قانون المرافعات أو بورقة تعلن

للخصم طبقاً لما هو مقرر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية . شرطه .
شمول ورقته على البيانات المقررة للإعلانات وبيان كاف لموضوع طلب
والأسباب التي يستند إليها من رفعه وأن يتم تكليف الخصم بالحضور
أمام المحكمة وفقاً للبيانات التي تضمنتها صحيفة الاستئناف طبقاً للمادة
٣١٠ من اللائحة أو تنفيذاً لما أمر به رئيس المحكمة أو قاضيهَا لنظر
الطلب . م ٨٧٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٨٨ لسنة ٥٥ ق ٥ لحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٨)

(١٨٠)

٢- الدعوى - ومثلها الاستئناف - تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد
إيداع صحيفةها قلم الكتاب - إعلان الخصم بها إجراء منفصل عن رفعها
وتالياً له . القصد منه . العبرة في الورقة التي يرفع بها الاستئناف هي
بتوافر البيانات التي يتطلبها القانون فيها . أثره . لا تثريب على المستأنف
إن هو أودع قلم الكتاب تقريراً أو صحيفة متى تضمنت البيانات التي
يتطلبها القانون . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٨ لسنة ٥٥ ق ٥ لحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٨)

(١٨١)

الأثر الناقل للاستئناف :

١- الأثر الناقل للاستئناف . مؤداه . التزام محكمة الاستئناف
بالفصل في أوجه الدفاع والدفع المبدأة أمام محكمة أول درجة وإن لم
يتمسك بها المستأنف عليه أو تغيب أو لم يبد دفاعاً ، سواء فصلت فيها
محكمة الدرجة الأولى أو أغفلتها ما لم يتنازل عنها المستأنف عليه . طلب
المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف لا يعد تنازلاً عنها .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٦٤ ق ٥ لحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٦)

(١٨٢)

٣- محكمة الاستئناف . وظيفتها . إعادة النظر في الحكم المستأنف

من الناحية القانونية والموضوعية . تقدير محكمة أول درجة لأقوال
الشهود . وجوب خضوعه لرقابة المحكمة الاستئنافية . علة ذلك .
(الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(١٨٣)

٣- استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية . اثره .
اعادة الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف
بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف . م ٢١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
اقامة الطاعة دعوى التطبيق على ثلاثة أسباب (تراخى المطعون ضده فى
الدخول بها واعتداؤه عليها بالضرب والسب وعدم انفاقه عليها) . قضاء
محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى دون بحث
السبب الثالث الذى لم يتعرض له الحكم المستأنف ورفض الدعوى دون
بحث السبب الثالث ولم تتنازل عنه الطاعة صراحة أو ضمناً . قصور .
(الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(١٨٤)

٤- الاستئناف . اثره . م ٢١٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . مؤداه
التزام محكمة الاستئناف بالفصل فى كافة الأوجه التى تمسك بها
الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى فى حدود ما رفع عنه الاستئناف طالما
أن مبيدتها لم يتنازل عن التمسك بها .
(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦٥ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ٥/٢٤/١٩٩٩)

(١٨٥)

التصديق للموضوع :

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم المستأنف لعيب شابه أو
شاب الاجراءات التى بنى عليها دون أن يمتد إلى صحيفة الدعوى . اثره .
وجوب الفصل فى الموضوع بحكم جديد يراعى فيه الاجراء الصحيح .
(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١٨٦)

ما يعترض سير الخصومة فى الاستئناف :

اعتبار الاستئناف كأن لم يكن :

استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المالية . خضوعه لقواعد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تخلف المستأنف عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة بورقة استئنائه جزأه اعتبار الاستئناف كأن لم يكن م ٣١٦ ، ٣١٩ من اللائحة المذكورة علة ذلك

(الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٦٤ ق ١ - لحوال شخصية - جلسة ١٣/٧/١٩٩٧)

(١٨٧)

الحكم فى الاستئناف :

تسبب الحكم الاستئنافى :

١- أخذ محكمة الاستئناف بأسباب الحكم الابتدائى دون اضافة . لا عيب متى رأت فى هذه الأسباب ما يغنى عن إيراد جديد . علة ذلك .
(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق ١ - لحوال شخصية - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١٨٨)

٢- الغناء محكمة الاستئناف حكم محكمة الدرجة الأولى . اثره . التزامها ببيان الأدلة التى استندت إليها فى حكمها وكونت منها عقيدتها .
(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٥ ق ١ - لحوال شخصية - جلسة ٧/٧/١٩٩٩)

(١٨٩)

٢- أخذ الحكم الاستئنافى بأسباب الحكم الابتدائى والاحالة إليه . لا عيب شرطه . ألا يستند الخصوم أمام محكمة الاستئناف إلى أوجه دفاع تخرج فى جوهرها عما قدموه لمحكمة أول درجة

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق ١ - لحوال شخصية - جلس ٢١/٦/١٩٩٩)

(١٩٠)

٤- الأحكام . وجوب أن تكون مبنية عن أسباب واضحة جلية تنم عن فهم الواقع في الدعوى . مؤداه . التزام محكمة الاستئناف بأن تبين أسباب الغائها حكم محكمة أول درجة .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٩١)

الطعن بالنقض :

الوكالة في الطعن :

١- عدم تقديم المحامي الموقع على تقرير الطعن التوكيل الصادر من الطاعة لموكله حتى قفل باب المرافعة . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة لا يغني عن ذلك مجرد ذكر رقمه في التوكيل الصادر له من وكيل ، الطاعة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٦٢ ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٢)

(١٩٢)

٢- وجوب ايداع الطاعن سند توكيل المحامي الذي رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . م ١/٢٥٥ مرافعات . علة ذلك . عدم تقديم المحامي الذي وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من الطاعن لموكله . أثره . عدم قبول الطعن . لا يغني عن ذلك تقديم صورة ضوئية منه أو ذكر رقمه في التوكيل الصادر إليه .

(الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٦٤ ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/١٧)

(١٩٣)

الموجز :

٢- عدم تقديم المحامي الذي وقع صحيفة الطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى قفل باب المرافعة . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من

غير ذى صفة . لا يغنى عن ذلك أن المحامى الذى أودع الصحيفة موكل من الطاعن بتوكيل يتسع للطعن بالنقض طالما لم يوقعها . علة ذلك .
(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٥ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

القاعدة

المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه - يتعين على الطاعن وفقاً لنص المادة ١/٢٥٥ من قانون المرافعات أن يودع سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة لتحقيق المحكمة من قيام هذه الوكالة وتقف على حدودها وما إذا كانت تبيح للمحامى الطعن بالنقض وإلا كان الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . لما كان ذلك . وكان الثابت بالأوراق أن المحامى الذى ذيلت صحيفة الطعن باسمه لم يقدم حتى قبل باب المرافعة . التوكيل الصادر له من الطاعن ، ومن ثم فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . ولا يغنى عن ذلك أن الأستاذ / ... المحامى الذى أودع صحيفة الطعن موكل من الطاعن بمقتضى توكيل يتسع للطعن كما أن ايداعها من محام غير الذى حررها ووقعها لا يعدو أن يكون نيابة محام عن زميل له فى مباشرة اجراء من اجراءات التقاضى تحت مسئولية المحامى الأصلى ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع ذلك عملاً بالمادة ٥٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بما لازمه أن يكون المحامى الأصلى الذى حرر الصحيفة ووقعها موكلاً من ذوى الشأن ، ولا يعتد فى ذلك بما إذا كان المحامى المناب عنه فى ايداعها موكلاً أو غير موكل .

(١٩٤)

صحيفة "طعن" : التوقيع عليها :

صحيفة الطعن . تسطيرها على ورق مطبوع باسم محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض وتذييلها بتوقيع منسوب إليه قرين عبارة

«وكيل الطاعن» مفاده . أن التوقيع له الدفع ببطالان الطعن غير مقبول
(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١١/٣)

(١٩٥)

الخصوم في الطعن :

١- الاختصاص أمام القضاء . شرطه . الخصم الذي لم توجه إليه طلبات
ولم يقض له أو عليه بشئ . عدم قبول اختصاصه في الطعن بالنقض .
(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(١٩٦)

٢- الاختصاص في الطعن بالنقض . مناطه . عدم قبول اختصاص من لا
يعد خصماً حقيقياً .
(الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٩٧)

٣- الاختصاص في الطعن بالنقض . شرطه . اختصاص من لم يقض له
أو عليه بشئ . أثره .
(الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٩٨)

٤- الطعن بالنقض . الخصومة فيه . لا تكون إلا بين من كانوا
خصوماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه .
(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٩/٧/١٢)

(١٩٩)

حالات الطعن :

١- الطعن بالنقض المبني على تناقض حكمين انتهائيين شرطه

مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضى فى مسألة كلية شاملة ثار حولها النزاع بين طرفى الخصومة واستقرت حقيقتها بينهما بالفصل فيها فى الحكم السابق .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٠)

٢٢- الحكم الانتهاى الصادر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم فى ذات النزاع وحاز قوة الأمر المقضى . جواز الطعن فيه بطريق النقض . لا يغير من ذلك أن تكون العناصر الواقعية للحكم السابق غير مطروحة على المحكمة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٠١)

أسباب الطعن :

أسباب الطعن بالنقض . وجوب تعريفها تعريفاً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها نائياً عنها الغموض والجهالة بحيث يبين منه واثره فى قضائه . م ٢٥٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٢٠٢)

السبب المتعلق بالنظام العام :

١- الأسباب المتعلقة بالنظام العام . جواز اثارها من النيابة او المحكمة من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٧)

(٢٠٣)

٢- الأسباب المتعلقة بالنظام العام . جواز اثارها من المحكمة من

تلقاء نفسها شرطه . أن تكون واردة على الجزء المطعون عليه من الحكم .
(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٣/٧/١٩٩٩)

(٢٠٤)

الأسباب غير المقبولة :

نعى يخالطه واقع :

نعى ينطوى على دفاع يخالطه واقع لم يسبق اثارته أمام محكمة الموضوع . عدم جواز ابدائه لأول مرة أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(٢٠٥)

السبب المجهل :

عدم بيان الطاعن المستندات التى يعزو إلى الحكم عدم بيانها ودلالة كل منها وأثرها فى قضائه . نعى مجهل غير مقبول .
(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(٢٠٦)

السبب الموضوعى :

١- الجدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .
(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٢٠٧)

٢- النعى فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فى تقدير أدلة الدعوى . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(٢٠٨)

النعي على غير محل :

١- ورود النعي على الحكم الابتدائي دون أن يصادف محلاً من قضاء الحكم المطعون فيه . أثره . عدم قبول النعي .

(الطنن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٩)

٢- وجوب ايراد سبب النعي على الدعامة التي أقام الحكم قضاءه عليها والتي لا يقوم له قضاء بغيرها . ورود النعي على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول . مثال .

(الطنن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢١٠)

٣- نعي لا يصادف محلاً من قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول .

(الطنن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢١١)

٤- سبب النعي . وجوب ايراده على الدعامة التي أقام الحكم المطعون فيه قضاؤه عليها والتي لا يقوم له قضاء بدونها . النعي الذي لا يصادف محلاً قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول .

(الطنن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(٢١٢)

السبب غير المنتج :

١- النعي، الذي لا يؤثر في النتيجة الصحيحة التي خلص إليها الحكم .

غير منتج . غير مقبول .

(الطنن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ ق : احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢١٣)

٢- قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى التطليق للمضرر . النعى عليه فيما أورده عن محاولة محكمة أول درجة الاصلاح بين الزوجين . غير منتج .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢١٤)

٣- نعى لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحنة . غير منتج .
(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢١٥)

٤- افامة الحكم على دعامتين مستقلتين . كفاية أحدهما لحمل قضائه . النعى على الدعامة الأخرى . غير منتج .
(الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٦٥ ق ، احوال شخصية - جلسة ٦/٢٢/١٩٩٩)

(٢١٦)

الغزول عن الطعن :

١- ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو وكيله يطلع عليها الخصم . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكلاً معيناً أو طريقاً بذاته لتقديمها اقرار الطاعن الموثق بالتنازل عن الطعن بعد انقضاء ميعاده . تضمنه نزولاً عن الطعن . مؤداه . تحقق آثاره بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . أثره . وجوب القضاء باثبات ترك الخصومة فى الطعن .

(الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٦٧ ق ، احوال شخصية - جلسة ١٠/١٢/١٩٩٨)

(٢١٧)

٢- ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو وكيله . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل لها أو طريق معين

لتقديمها توافره في اقرار الطاعنة الموثق بترك الخصومة في الطعن .
تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض . مؤذاه . تحقق اثره بمجرد
حصوله دون حاجة إلى قبول المطعون ضده . اثره . وجوب القضاء باثبات
ترك الخصومة في الطعن .علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٦٦ ق « احوال شخصية » - جلسة ١١/٢/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٧ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٦٧١ لسنة ٦٦ ق « احوال شخصية » - جلسة ١١/٩/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٦ ق « احوال شخصية » - جلسة ١١/١٧/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٦٥ ق « احوال شخصية » - جلسة ٢/١٦/١٩٩٩ ،
والطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٦٨ ق « احوال شخصية » - جلسة ٢/١٦/١٩٩٩ ،
والطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ٥/٢٤/١٩٩٩ ،
والطعن رقم ٥٥٩ سنة ٦٧ ق « احوال شخصية » - جلسة ٦/٢٢/١٩٩٩)

(٢١٨)

أثر نقض الحكم :

نقض الحكم والاحالة . اثره . التزام محكمة الاحالة باتباع حكم
محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها . اكتساب حكم
النقض حجية الشيء المحكوم فيه في المسائل التي بت فيها . اثره . يمتنع
على محكمة الاحالة المساس بهذه الحجية عند اعادة نظر الدعوى .
(الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٦٨ ق « احوال شخصية » - جلسة ٦/٢١/١٩٩٩)

(٢١٩)

خامساً - القانون

١-النص «قانوني . لا محل لتفسيره متى كان واضحاً قطعي الدلالة
على المراد منه . ما اوردته المذكرة الايضاحية بشأن التعليق على الفقرة
الثالثة من المادة ٦٨ مرافعات . خروجاً عن المعنى الصحيح للنص

وتقييداً لمجال تطبيقه وجوب عدم الاعتداد به . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ سنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٢٠)

٢- الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف .
خضوعها لذات القواعد التي كانت تحكمها قبل الغاء المحاكم الشرعية
والمجالس الملوية الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وجوب اتباع
قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه قواعد خاصة فى هذه اللائحة .
(الطعن رقم ٥٧٨ سنة ٦٨ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٥/١٠)

(٢٢٠)

سادساً - قيم عليا

قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى تسليم العقار تأسيساً على
أن المدعين البالغين وقت فرض الحراسة على والدهم من بين الخاضعين
للحراسة تبعاً لأبيهم . م ١ / ٢ من القرار بقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١
بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة . قضاء المحكمة الدستورية
من بعد بعدم دستورية ذلك النص فيما تضمنه من اعتبار الأولاد البالغين
والورثة ضمن العائلة التي خضعت للحراسة ونشره . لازمه . نقض
الحكم للخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٣١٢ سنة ٦٧ ق ٥ قيم عليا - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٢٢١)

سابعاً - محاماة

١- وجوب أيداع الطاعن سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت
تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . م ١/٢٥٥ مرافعات . علة
ذلك . عدم تقديم المحامى الذى وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من
اللاعنة لموكله . اثره . عدم قبول الطعن . لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر
رقمه فى التوكيل الصادر إليه أو تقديم صورة ضوئية منه .

(الطعن رقم ٥٠ سنة ٦٤ ق ٥ احوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٧)

(٢٢٢)

٢- عدم تقديم المحامي الموقع على الطعن التوكيل الصادر له من الطاعن حتى قفل باب المرافعة . اثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة . م ٢٥٥ مرافعات . علة ذلك . لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر رقمه بصحيفة الطعن .

(الطعن رقم ٤٤٩ سنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٠/١١/١٩٩٨)

(٢٢٣)

٣- عدم استئذان المحامي مجلس النقابة الفرعية لمقاضاة زميل له . مؤداه . تعرضه للمحاكمة التأديبية دون تجريد العمل الذى قام به من آثاره القانونية ولا يبطله متى تم وفقاً للأوضاع القانونية . م ٦٨ ، ٩٨ من قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٢ .

(الطعن رقم ١٤٦ سنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(٢٢٤)

٤- عدم ايداع الطاعن سند وكالة المحامي رافع الطعن قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة وحتى حجز الطعن للحكم . اثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٢٩ سنة ٦٥ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

(٢٢٥)

٥- وجوب ايداع الطاعن سند توكيل المحامي الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . علة ذلك . م ٢٢٥ مرافعات . عدم تقديم المحامي الذى وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من الطاعة لموكله . اثره . عدم قبول الطعن . لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر رقم هذا التوكيل فى التوكيل الصادر إليه من وكيل الطاعة أو تقديم صورة ضوئية منه .

(الطعن رقم ١٩٠ سنة ٦٥ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٣/٧/١٩٩٩)

(٢٢٦)

٦- التوقيع فى نهاية الكتابة بالمحرر . أفادته نسبتها إلى صاحب التوقيع . شرطه . دلالة الظروف المصاحبة على ذلك . مؤداه . ايداع صحيفة الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض وتذييلها بتوقيع مقروء نسب إليه وحملها خاتمه . أثره . اعتباره ضاحب التوقيع .
(الطعن رقم ٢٧٧ سنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(٢٢٧)

ثامن - محكمة الموضوع

سلطانها فى فهم الواقع وتقدير الأدلة

١- قاضى الموضوع . سلطته التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة . ومنها الأدلة ومنها شهادة الشهود . عدم التزامه بتصديق الشاهد فى كل أقواله . له أن يطرح ما لا يطمئن إليه وجدانه وأن يأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله متى كان المعنى الذى أخذ به لا يتجافى مع مدلولها . شرطه . ألا يعتمد على واقعة بغير سند ، وأن يبين الحقيقة التى اقتنع بها واقامة قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامه بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها . المنازعة فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم ٦٩ سنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢٨)

٢- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . المنازعة فى ذلك . جدل فى سلطانها فى فهم الواقع

وتقدير الأدلة . وتنحصر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٩٥ سنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢٩)

٣- محكمة الموضوع . لها سلطة تقدير الدليل من كافة أوراق الدعوى . لها الأخذ بأقوال شهود فى قضية أخرى بين ذات الخصوم وإن اختلف موضوعاً . شرطه . ضم تلك الدعوى أو الحكم الصادر فيها متضمناً أقوال هؤلاء الشهود لملف النزاع وأن ذلك تحت بصر الخصوم كعنصر من عناصر الإثبات .

(الطعن رقم ٧٤٢ سنة ٦٧ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٣٠)

٤- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى والترجيح بين البيانات وتقدير الأدلة وأقوال الشهود . شرطه . عدم اعتمادها على واقعة بلا سند . حسبها بيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاءها على أسباب سائفة .

(الطعن رقم ١٢٠ سنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(٢٣١)

٥- محكمة الموضوع . سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ، ومنها أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها وإطراح ما عدها . شرطه . أن تقيم حكمها على أسباب سائفة تكفى لحمله لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها .

(الطعن رقم ٣٢٥ سنة ٦٣ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٣٢)

٦- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة

والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها دون رقابة عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . حسبها بيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها النعى عليها فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة ، عدم جواز إبدائه أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠١ سنة ٦٤ق هـ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢٣٣)

٧- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة وجنبا أقوال الشهود ما دامت لم تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها ولم تعتمد على واقعة بلا سند . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها . النعى عليها فى ذلك . جدل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٦ سنة ٦٤ق هـ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢٣٤)

٨- استقلال قاضى الموضوع بتقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . له الأخذ بأقوال شاهد دون الآخر أو ببعض أقوال الشاهد مما يرتاح إليه ويثق به ، شرطه . ألا يخرج بعبارة الشهادة عن مدلولها .

(الطعن رقم ٢٦٠ سنة ٦٤ق هـ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢٣٥)

٩- استقلال محكمة الموضوع بتقدير أقوال الشهود واستخلاص

الواقع منها . شرطه . أن يكون استخلاصاً سائفاً لا خروج فيه عما يؤدي إليه مدلولها .

(الطعن رقم ٧٠٤ سنة ٧٧ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٨)

(٢٣٦)

١٠- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى والترجيح بين البينات وتقدير أقوال الشهود والمستندات دون رقيب عليها في ذلك . شرطه . ألا تعتمد على واقعة بلا سند ، وأن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٣٢٢ سنة ٦٤ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ٦/٢٢/١٩٩٩)

(٢٣٧)

١١- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى والترجيح بين البينات وتقدير أقوال الشهود والمستندات . دون رقيب عليها في ذلك . شرطه . ألا تعتمد على واقعة بلا سند ، وأن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها ، وأن تقيم قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ١٨٧ سنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ٦/٢٢/١٩٩٩)

(٢٣٨)

١٢- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة في فهم الواقع وتقدير الأدلة دون رقابة عليها في ذلك . طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وإقامة قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٧٣ سنة ٦٥ ق ٥ أحوال شخصية - جلسة ٦/٢٨/١٩٩٩)

(٢٣٩)

سلطتها في تقدير عناصر الضرر الموجب للتطبيق

١- محكمة الموضوع استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب

للتطبيق واقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . لها سلطة الترجيح بين
البيّنات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيه . شرطه . ألا تخرج بها إلى
ما لا يؤدي إليه مدلولها متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفى
لحملة . لا على الحكم من بعد اطراح ما يكون لمستندات الطاعن من دلالة
مخالفة ما دام . فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمئى
المسقط لها . النعى عليها فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من
سلطة تقدير الأدلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٠١ سنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١١/٣٠/١٩٩٨)

(٢٤٠)

٢- محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب
للتطبيق وفهم الواقع وتقدير الأدلة . شرطه . اقامة قضاها على أسباب
سائفة تكفى لحملة .

(الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٣/١٩٩٩)

(٢٤١)

٢- تقدير عناصر الضرر . استقلال محكمة الموضوع به . شرطه .
أن تقيم قضاها على أسباب سائفة .

(الطعن رقم ١٨٧ سنة ٦٥ ق ١ احوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٢٤٢)

سلطتها فى اجراء التحقيق

١- عدم استجابة المحكمة لطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق متى
وجدت فى الأوراق ما يكفى لتكوين عقيدتها . لا عيب .

(الطعن رقم ١٩٤ سنة ٦٤ ق ١ احوال شخصية - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٢٤٣)

٢- اجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم . لمحكمة الموضوع عدم

الاستجابة إليه دون بيان سبب الرفض .
(الطعن رقم ١٢٠ سنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٥/١٢/١٩٩٨)

(٢٤٤)

٣- طلب اجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم . لمحكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه طالما وجدت في عناصر الدعوى ما يكفى لتكون عقيدتها النعى عليها فى ذلك . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم ٦٠ سنة ٦٥ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٩)

(٢٤٥)

٤- محكمة الموضوع . عدم التزامها باجابة طلب الاحالة إلى التحقيق متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكون عقيدتها فى موضوعها .
(الطعن رقم ١٦٦ سنة ٦٥ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٢٤٦)

سلطتها فى تقدير أقوال الشهود

تقدير أقوال الشهود . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون استخلاصها سائفاً لا يتجافى مع مدلول أقوالهم .
(الطعن رقم ٢٢٥ سنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ١٢/٧/١٩٩٩)

(٢٤٧)

سلطتها فى العدول عن اجراءات الاثبات

محكمة الموضوع . حقها فى العدول عما أمرت به من اجراءات الاثبات شرطه . بيان أسبابه ما لم تكن هى التى أمرت باتخاذها من تلقاء نفسها . علة ذلك .
(الطعن رقم ٤٥٩ سنة ٦٤ ق ١ أحوال شخصية - جلسة ٢٤/٥/١٩٩٩)

(٢٤٨)

سلطانها في اعادة الدعوى للمرافعة

١- اعادة الدعوى للمرافعة ليس حقاً للخصوم . استقلال محكمة الموضوع بتقديره . اغفالها الاشارة إليه بمثابة رفض ضمنى له .
(الطنن رقم ٢٦٠ سنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٤٩)

٢- محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير مدى الجد في طلب اعادة الدعوى للمرافعة . شرطه . تمكين الخصوم من ابداء دفاعهم ومراعاة القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضى « مثال » .
(الطنن رقم ٦٤ سنة ٦٨ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(٢٥٠)

سلطانها في تحديد الموطن

تحديد المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة بما يتحقق به الموطن في معنى المادة ٤٠ مدنى . من الأمور الواقعية التي تخضع لسلطة قاضى الموضوع . شرطه .
(الطنن رقم ٢١٦ سنة ٦٤ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/١٥)

(٢٥١)

سلطانها في تكييف الدعوى

محكمة الموضوع . التزامها باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح . عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها . العبرة في ذلك بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها .
(الطنن رقم ١٧٥ سنة ٦٥ ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

نظرية تنفيذ الأحكام الشرعية

- الأصول الشرعية فى تنفيذ أحكام الأحوال الشخصية .
- الطبيعة القانونية والشرعية والدستورية لحبس المحكوم عليهم بالنفقات .
- قواعد التنفيذ المؤقت .
- إشكالات التنفيذ ، وإختصاص قاضى التنفيذ .

الباب الأول

الأصول الشرعية

فى تنفيذ أحكام الأحوال الشخصية

٤٠٣- غاية كل متداعى أن يحصل على حكم يستطيع بمقتضاه أن يتخذ إجراءات التنفيذ الجبرى ضد المحكوم عليه إذا لم يقم الأخير طوعية بتنفيذه .

ومتى توافرت للحكم شروط السند : تنفيذى المشمولة بالصيغة التنفيذية ، كان له أن يشرع فى تنفيذه .

وللتنفيذ فى أصول المرافعات الشرعية (١) - شأنه فى ذلك شأن الدعوى والإثبات - سمات مميزة ، وذاتية خاصة ، ذلك أن الجهات التى

(١) المراجع فى تنفيذ الأحكام الشرعية : شرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص ٤٨٨ وما بعدها ، والتنفيذ علماً وعملاً - للأستاذين قمحة والسيد - طبعة ١٩٢٧ . والوجيز فى قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ - للدكتور عبد العزيز بديوى - ط ١ - ١٩٧٤ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص ٤١٥ وما بعدها . وأحكام التنفيذ بطريق الإكراه البدنى للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٢ - ص ٦١٢ وما بعدها . والحكم بالحبس لدين النفقة للأستاذ فتحى عبد الصبور - المجموعة الرسمية - السنة ٦٠ - العدد ٢ - ص ٨٨٩ وما بعدها . وجريمة هجر العائلة - للدكتور حسن المرصفاوى - مجلة قضايا الحكومة - السنة ٨ - العدد ١ - ١٩٦٤ ص ١٠٨ وما بعدها . وجريمة هجر العائلة - للأستاذ فكرى أغا المحامى - المحاماة - السنة ٤١ - العدد ٤٠ - ص ١٦٠٢ وما بعدها . ومدى سلطة النيابة فى تنفيذ أحكام الحبس - للأستاذ صلاح الدين ع. الوهاب - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ٢ - ص ١٨٢ وما بعدها . وسلطة النيابة فى تنفيذ أحكام الحبس - للأستاذ عادل عجينة المحامى - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ٢٠ - ص ٥٦٢ ، وما بعدها . وإشكالات التنفيذ فى الأحكام الجنائية - للأستاذ فتحى عبد الصبور - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ١٠ - ص ١٦٢٠ وما بعدها .

تتولاه لا تكون خاضعة للمحاكم الشرعية ، لأن الأخيرة ليس لها جهاز محضرين كما هو الحال بالنسبة للمحاكم المدنية ، ولأن تنفيذ الأحكام الشرعية ، يعتمد فى أساسه على جهة الإدارة هذا بالنسبة لأداة التنفيذ .

أما بالنسبة لقواعد التنفيذ فقد أوردتها نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحبس المدين الذى أبى أن ينصف غرمائه هل يبيع عليه الحاكم فيقتسم على الغرماء أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه .

فيذهب الجمهور إلى أن الحاكم يبيع ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليئاً ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف بديونه ويحجز عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى .

بينما ذهب أبو حنيفة إلى الرأى المخالف، وكذا جماعة من أهل العراق. ولكل من الرايين حججه وأسانيده .

السمات المميزة لتنفيذ الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

تنفيذ القانون الجديد وتنظيم شئون وأعمال المأذونين والموثقين :

نصت المادة الخامسة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون الجديد ولوائح تنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال .

تحقيق النيابة العامة لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة :

نصت المادة ٢٢ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده ، وجب على المحكمة أن

تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد .
وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن .

وتلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة مع عدم الإخلال بقرار سرية الحسابات بالبنوك .

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير العادة التى أُجريت بشأنها .

ويجب على النيابة العامة أن تجرى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها .

حكم المادة ٢٣ مستحدثت أريد به تلافى العيوب الناجمة عن إجراء تحريات عن دخل المطالب بالنفقة عن طريق المباحث الذى كان يتولاه عادة (المخبرون) بعيداً عن الحقيقة والواقع .

قرارات أول درجة الواجبة النفاذ والغير واجبة النفاذ :

نصت المادة ٥٤ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها ما عدا تلك الصادرة فى المسائل الآتية :

١- الحساب ورفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية .

٢- رد الولاية وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة.

٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية .

٤- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل فى الطعن .

تنفيذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق :

نصت المادة ٦٢ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لا

تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطلق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع .

وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المأذون يعتد فقط بصدر حكم انتهائى بالتطبيق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقة على زوج آخر بعد انقضاء عدتها في وقت يكون الزوج الأول قد طعن في حكم التطلق بطريق النقض .

وتثور المشكلة حين يقضى بنقض الحكم في وقت تكون المطلقة فيه قد أنجبت من زوجها الجديد فعالج القانون الجديد بنص سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطلق باتاً .

الأحكام والقرارات الواجبة التنفيذ :

نصت المادة ٦٥ من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

تنفيذ أحكام ضم الصغير جبراً :

نصت المادة ٦٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على جواز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً .

مكان رؤية الصغير :

نصت المادة ٦٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الحكم الصادر برؤية الصغير يتنفذ في أحد الأماكن التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه حكم الرؤية على مكان آخر .

ويشترط في جميع الأحوال أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير .

وضع الصيغة التنفيذية :

نصت المادة ٦٨ من القانون لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التي اصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

جهات التنفيذ وإجراءاته :

نصت المادة ٦٩ من القانون لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكنه ، ومن يناط به ذلك .

قرار النيابة العامة بتسليم الصغير :

نصت المادة ٧٠ من القانون لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك ، أن تصدر بعد اجراء التحقيق قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير .

هذا الحكم الذي يتضمنه النص مستحدث .

نظام تأمين الأسرة :

نصت المادة ٧١ من القانون لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين اهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي .

ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

هذا الحكم مستحدث .

فى أداء بنك ناصر للنفقات :

نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

قيام الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر الاجتماعى - نصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والبنقايات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء آخر .

الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة :

نصت المادة ٧٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يترتب على الاشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة ٧٧ وقف إجراءات التنفيذ .

الفصل الأول

التنفيذ بالطريق الإداري

٤٠٤- نصت المادة ٢٤ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه:
بناء على إنشأ مسبب من القاضي من القاضي الجزئي - للنهابة العامة دخول
المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص
عليها في هذا القانون ولها أن تذهب لذلك بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو
المكان أحد مأموري الضبط القضائي كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال
المطلوب حمايته ٢٠٠٠ جنيه تتعدد بتعددهم . كما نصت المادة ٦٨ من
إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التي أصدرت
الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب التنفيذ .

كما نصت المادة ٦٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجرى
بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة
بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكنه ، ومن يناط به ذلك .

كيفية حصول التنفيذ بالطرق الإدارية :

جرت أحكامها على النحو التالي :

يجوز لكل من كان بيده حكم صادر من محكمة شرعية أصدرته وهي
تملك هذا الاختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية تحت مسئولية .
وذلك بأن يقدم إلى الجهات المعنية فيما بعد طلباً محرراً على الإستمارة
الخاصة بذلك .

ويبدأ التنفيذ على النقود الموجودة عيناً ، ثم على المنقولات ، ثم
على العقار في حالة عدم وجود منقولات .

بمراعاة المشرع هذا الترتيب خفف من ضرر بالمدين ، ولم يلحق
غيباً بالدائن .

ويتقدم طلب التنفيذ وفقاً للقواعد الآتية :

١- بالنسبة للحقنولات (والنقود بطبيعة الحال) - يقدم الطلب إلى محافظ الجهة الكائن بها محل إقامة المدين إذا كان مقيماً في دائرة إختصاص محافظة ، وإلى مأمور المركز ، إذا كان المدين مقيماً في إحدى البلاد التابعة له ما عدا بندر المديرية « أى العاصمة » فتكون إجراءات التنفيذ فيه من إختصاص المديرية « المحافظة الآن » .

٢- وبالنسبة للعقار - يقدم الطلب إلى المحافظة إذا كان العقار المطلوب الحجز عليه كائناً ب دائرة إختصاص محافظة وإلى مأمور المركز إذا كان العقار واقعاً في إحدى البلاد التابعة له ما عدا العقار الموجود في بندر المديرية ، فتكون إجراءات التنفيذ عليه من إختصاص المديرية .

ويشتمل الطلب على إسم ولقب وصنعة ومحل إقامة كل من الطالب والمدين والمحل الكائنة به المنقولات المقتضى الحجز عليها إذا كان القصد التنفيذ على المنقولات ، أو حدود العقار ، وكل بيان من شأنه تعيين العقار تعييناً تاماً - لكى يتيسر نشر البيانات الكافية عنه في إعلانات البيع ليحاط الجمهور علماً بحقيقة العقار المعروض للبيع - إذا كان القصد التنفيذ على عقار ، وكذلك مقدار المبالغ المستحقة بالضبط في يوم تقديم الطلب ، حذراً من أن يقع الحجز على أكثر مما يقتضيه الدين .

ويرفق بالطلب صورة من الحكم المقتضى تنفيذه وعليها الصيغة التنفيذية التى نصت عليها المادة ٦٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وهى :

يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجراءاته ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً لنصوص المادة ٦٩ من القانون رقم لسنة ٢٠٠٠ .

ويرفق بالصورة التنفيذية كذلك صورة بسيطة من ذلك الحكم بعد ما يلزم إعلانه من الإعلانات (إذا لم يكن قد سبق إعلان الحكم ، فإذا كان قد

سبق إعلانه للمحكوم عليهم فلا داعى لإرفاق صورة بسيطة هو الحكم المنفذ به) .

وفى حالة ما إذا كان التنفيذ على عقار فإنه يرفق علاوة على ذلك شهادة مستخرجة من قلم الرهون - فإذا دلت هذه الشهادة على خلو العقار المنفذ عليه من الحقوق العينية جاز التنفيذ بواسطة جهة الإدارة، وإلا كان على صاحب الشأن (الدائن المنفذ) أن يباشر التنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة .

فإذا تقدم طالب التنفيذ بطلبه بالكيفية السابقة فقد تعين على جهة الإدارة المختصة أن تصدر أمراً بالشروع فى التنفيذ وأن تعين أحد معاونين لذلك ويدون فى ذيل إستمارة التنفيذ بما يفيد . ويسلم المعاون المكلف بالتنفيذ صورة الحكم المقتضى تنفيذه إلى المدين ، وينبه عليه بدفع المبالغ المطلوبة منه .

وإذا توقف المدين عن الدفع يشرع المعاون على الفور فى توقيع الحجز، ويثبت فى المحضر حصول الإعلان والتنبيه المشار إليهما .

والغالب فى العمل أن يتم حجز المنقولات بواسطة قلم المحضرين .

الفصل الثانى

التنفيذ بطريق حجز المنقول

٤٠٥- بينت المواد من ٣٥٣ إلى ٣٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل طبقاً لآخر تعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ قواعد التنفيذ بطريق حجز المنقول ، وهذه القواعد كما يلى :

توقيع الحجز :

٤٠٦- مادة ٣٥٣ : يجرى الحجز بموجب محضر يحضر فى مكان توقيعه وإلا كان باطلاً فى أوراق المحضرين على ما يأتى :

١- ذكر السند التنفيذى .

٢- المواطن المختار الذى اتخذه الحاجز فى البلدة التى بها مقر محكمة المواد الجزئية الواقع فى دائرتها الحجز .

٣- مكان الحجز وما قد لقيه من العقبات والاعتراضات اثناء الحجز وما اتخذه فى شأنها .

٤- مفردات الأشياء المحجوز بالتفصيل مع ذكر نوعها وأوصافها ومقدارها ووزنها أو مقياسها وبيان قيمتها بالتقريب .

٥- تحديد يوم للبيع وساعته والمكان الذى يجرى فيه .

ويجب أن يوقع محضر كل من المحضر والمدين أن كان حاضراً ولا يعتبر مجرد توقيع المدين رضاه منه بالحكم .

مادة ٣٥٤ : لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً .

ويجب أن يبين فى المحضر بالدقة موضع الأرض واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها ونوع المزروعات أو نوع الأشجار وعددها وما ينتظر أن يحصد أو يبنى أو ينتج منها وقيمتها على وجه التقريب .

مادة ٣٥٥ : لا يجوز توقيع الحجز فى حضور طالب التنفيذ .

مادة ٣٥٦ : لا يجوز للمحضر كسر الأبواب أو فـض الأقفال بالقوة لتوقيع الحـجز إلا بحضور أحد مأموري الضبط القضائي ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحـجز وإلا كان باطلاً . ولا يجوز للمحضر أن يجرى تفتيش المدين لتوقيع الحـجز على ما فى جيبه إلا بإذن سابق من قاضى التنفيذ .

مادة ٣٥٧ : لا يقتضى الحـجز نقل الأشياء المحجوزة من موضعها .

مادة ٣٥٨ : إذا كان الحـجز على مصوغات أو سبائك من ذهب أو فضة أو من معدن نفيس آخر أو على مجوهرات أو أحجار كريمة فتوزن وتبين أوصافها بالدقة فى محضر الحـجز .

وتقوم هذه الأشياء بمعرفة خبير يعينه قاضى التنفيذ التابع له مكان التنفيذ بناء على طلب المحضر .

ويجوز بهذه الطريقة تقويم الأشياء الفنية الأخرى بناء على طلب الحاجز أو المحجوز عليه .

وفى الأحوال يرفق تقرير الخبير بمحضر الحـجز .

ويجب إذا اقتضى الحال نقلها لوزنها أو تقويمها أن توضع فى حـز مختم وأن يذكر ذلك فى المحضر مع وصف الاختام .

مادة ٣٥٩ : إذا وقع الحـجز على نقود أو عمله ورقية وجب على المحضر أن يبين أوصافها ومقدارها فى المحضر ويودعها خزنة المحكمة .

مادة ٣٦٠ : إذا لم يتم الحـجز فى يوم واحد جاز إتمامه فى يوم أو أيام تالية بشرط أن تتابع وعلى المحضر أن يتخذ ما يلزم للمحافظة على الأشياء المحجوزة والمطلوب حـجزها إلى أن يتم المحضر ويجب التوقيع على المحضر كلما توقفت إجراءات الحـجز .

ومع ذلك إذا اقتضى الحال استمرار المحضر فى إجراءات الحـجز بعد المواعيد المقررة فى المادة ٧ من هذا القانون أو فى أيام العطلات الرسمية جاز له إتمام محضره دون حاجة إلى إذن من القضاء .

مادة ٣٦١ : تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها فى محضر الحـجز ولو لم يعين عليها حارس .

مادة ٣٦٢ : إذا حصل الحجز بحضور المدين أو في موطنه ، تسلم له صورة من المحضر على الوجه المبين في المادة ١٠ فإن كان الحجز قد حصل في غير موطنه وفي وجوب إعلانه بالمحضر في اليوم التالي على الأكثر .

مادة ٣٦٣ : يجب على المحضر عقب إقفال محضر مباشرة أن يلصق على باب المكان الذي وجد به الأشياء المحجوزة وعلى باب العمدة أو الشيخ أو المقر الإداري التابع له المكان وفي اللوحة المعدة لذلك بمحكمة المواد الجزئية إعلانات موقعاً عليها منه يبين فيها يوم البيع وساعته ونوع الأشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال ويذكر حصول ذلك في محضر يلحق بمحضر الحجز .

مادة ٣٦٤ : يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر . ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبدد وكان لذلك أسباب معقولة تذكر في المحضر .

ولا يجوز أن يكون الحارس ممن يعملون في خدمة الحاجز أو المحضر ولا أن يكون زوجاً أو قريباً أو صهر لأيهما إلى الدرجة الرابعة .

مادة ٤٦٥ (١) : إذا لم يجد المحضر في مكان الحجز من يقبل الحراسة ولا يعتد برفضه إياها ، أما لم يكن حاضراً وجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة وأن يرفع الأمر على الفور لقاضي التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز ، أو المحضر ، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة ، الحراسة مؤقتاً .

مادة ٤٦٦ (٢) : يوقع الحارس على محضر الحجز وتسلم له صورة منه فإن امتنع عن التوقيع على محضر الحجز أو رفض استلام صورته

(١) مادة ٣٦٥ مستبدلة بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ .

(٢) مادة ٣٦٦ مستبدلة بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ .

وجب على المحضر أن يسلم صورة محضر الحجز فى اليوم ذاته إلى جهة الإدارة وأن يخطر الحارس بذلك خلال أربع وعشرين ساعة بكتاب مسجل ، وعلى المحضر إثبات كل ذلك فى المحضر .

مادة ٣٦٧ : يستحق الحارس غير المدين أو الحائز أجراً عن حراسته ويكون لهذا الأجر امتياز المصروفات القضائية على المنقولات المحجوز عليها.

ويقدر أجر الحارس بأمر يصدره قاضى التنفيذ بناء على عريضة تقدم إليه .

مادة ٣٦٨ : لا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يغيرها وإلا حرم الحراسة فضلاً عن الزامه بالتعويضات . إنما يجوز إذا كان مالكاً لها أو صاحب حق فى الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له .

وإذا كان الحجز على ماشية أو عروض أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مشغل أو مؤسسة جاز لقاضى التنفيذ بناء على طلب به حارساً آخر يقوم بذلك .

مادة ٣٦٩ : لا يجوز للحارس أن يطلب إعفائه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضى التنفيذ بميعاد يوم واحد يجوز الطعن فى الحكم الذى يصدر المحضر الأشياء عند تسلم الحارس الجديد مهمته ويثبت هذا الجرد فى محضر يوقع عليه هذا الحارس ويسلم صورة منه .

مادة ٣٧٠ : يجوز طلب الإنن بالجنى أو المصاد من قاضى التنفيذ بعريضة تقدم إليه من الحارس أو من أحد نوى الشأن .

مادة ٣٧١ : إذا انتقل المحضر لتوقيع الحجز على الأشياء كان قد سبق حجزها وجب على الحارس عليها أن يبرز له صورة محضر الحجز ويقدم الأشياء المحجوزة ، وعلى المحضر أن يجرد هذه الأشياء فى محضر ويحجز على ما لم يسبق حجزه ويجعل حارس الحجز الأول حارساً عليها إن كانت فى نفس المحل .

ويعلن هذا المحضر خلال اليوم التالي على الأكثر إلى الحاجز الأول والمدين والحارس إذا لم يكن حاضراً والمحضر الذي أوقع الحجز الأول .
ويرتب على هذا الإعلان بقاء الحجز بمصلحة الحجز الثاني ولو نزل عنه الحاجز الأول كما يعتبر حجزاً تحت يد المحضر على المبالغ المتحصلة من البيع .

مادة ٣٧٢ : إذا وقع الحجز على المنقولات باطلاً فلا يؤثر ذلك على الحجز اللاحقة على نفس المنقولات إذا وقعت صحيحة في ذاتها .

مادة ٣٧٣ : يعاقب الحارس بعقوبة التبديد إذا تعمد عدم إبراز صورة محضر الحجز السابق للمحضر وترتب على ذلك الأضرار بأى من الحاجزين .

مادة ٣٧٤ : للدائن الذى ليس بيده سند تنفيذى أن يحجز تحت يد المحضر على الثمن المتحصل من البيع بغير حاجة إلى طلب الحكم بصحة الحجز .

إجراء البيع :

٤٠٧ - مادة ٣٧٥ : يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الاتفاق .

ولقاضى التنفيذ عند الاقتضاء أن يأمر بمد الميعاد لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر .

مادة ٣٧٦ : لا يجوز إجراء البيع إلا بعد مضي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين أو إعلانه به ولا يجوز إجراؤه إلا بعد مضي يوم على الأقل من تاريخ إتمام إجراءات اللصق والنشر .

ومع ذلك إذا كانت الأشياء المحجوزة عرضة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار فللقاضى التنفيذ أن يأمر بإجراء البيع من ساعة لساعة بناء على عريضة تقدم من الحارس أو أحد ذوى الشأن .

مادة ٣٧٧ : يجرى البيع فى المكان الذى توجد فيه الأشياء المحجوزة أو فى أقرب سوق . ولقضى التنفيذ مع ذلك أن يأمر بإجراء البيع - بعد الإعلان عنه - فى مكان آخر بناء على عريضة تقدم له من أحد ذوى الشأن.

مادة ٣٧٨ (١): إذا كان قيمة الأشياء المطلوبة بيعها بحسب ما هى مقدرة به فى محضر الحجز تزيد على عشرة آلاف جنيه وجب الإعلان عن البيع بالنشر فى إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية ويذكر فى الإعلان يوم البيع وساعته ومكانه ونوع الأشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال .

ويجوز للدائن الحاجز أو المدين المحجوز عليه ، إذا كان المبلغ المطلوب يزيد على خمسة آلاف جنيه ، أن يطلب من قلم الكتاب النشر على نفقته الخاصة .

مادة ٣٧٩ : لكل من الحاجز والمحجوز عليه فى جميع الأحوال أن يطلب بعريضة تقدم لقضى التنفيذ لصق عدد أكبر من الإعلانات أو زيادة النشر فى الصحف أو غيرها من وسائل الإعلان أو بيان الأشياء المطلوب بيعها فى الإعلانات بالتفصيل .

مادة ٣٨٠ (٢): يجب قبل بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت القيمة المقدرة لها على عشرين ألف جنيه أن يحصل الإعلان عن البيع بالنشر فى إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية قبل يوم البيع .

مادة ٣٨١ : يجوز أن يعهد إلى رجال الإدارة المحليين بملصق الإعلانات فيما عدا ما يجب وضعه منها فى لوحة المحكمة .

(١) سبق استبدال المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١/٦/١٩٩٢ - استبدلت الفقرة الثانية بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (١) فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ .

(٢) سبق تعديل المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١/٦/١٩٩٢ - عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (١) فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ .

مادة ٢٨٢ : يثبت اللصق بشهادة من المحضر أو من رجال الإدارة مصحوبة بنسخة من الإعلان ويثبت النشر بتقديم نسخة من الصحيفة أو شهادة من جهة الإعلام .

مادة ٢٨٣ : إذا لم يحصل البيع في اليوم المعين في محضر الحجز أعيد اللصق والنشر على الوجه المبين في المواد السابقة وأعلن المحجوز عليه بالشهادة المثبتة للصلق قبل البيع بيوم واحد على الأقل .

مادة ٢٨٤ : يجري البيع بالمزاد العلني بمناذاة المحضر بشرط دفع الثمن فوراً .

ويجب ألا يبدأ المحضر في البيع إلا بعد أن تجرد الأشياء المحجوزة ويحرر محضراً بذلك يبين فيه ما يكون قد نقص منها .

مادة ٢٨٥ : لا يجوز بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة بثمن أقل من قيمتها الذاتية بحسب تقدير أهل الخبرة . فإن لم يتقدم أحد لشرائها حفظت في خزانة المحكمة كما تحفظ النقود ليوفي منها عينا دين الحاجز وديون غيره من الدائنين .

مادة ٢٨٦ : إذا لم يتقدم أحد لشراء الحلى والمجوهرات والأحجار الكريمة والأشياء المقومة امتد أجل بيعها إلى اليوم التالي إذا لم يكن يوم عطلة فإذا لم يتقدم بالقيمة المقدرة أجل البيع إلى يوم آخر وأعيد النشر والصلق على الوجه في المواد السابقة وعندئذ تباع لمن يرسو عليه المزاد ولو بثمن أقل مما قومت به .

مادة ٢٨٧ : الأشياء التي لم تقوم يؤجل بيعها لليوم التالي إن لم يتقدم أحد للشراء ولم يقبل الحاجز أخذها استيفاء لدينه بالقيمة التي يقدراها أهل خبرة يعينه المحضر ويذكر اسمه في محضر البيع .

مادة ٢٨٨ : يكفي لإعلان استمرار البيع أو تأجيله أن يذكر المحضر ذلك علانية ويثبت في محضر البيع .

مادة ٢٨٩ : أن لم يدفع الراسي عليه المزاد الثمن فوراً وجبت إعادة البيع على ذمته بالطريق المتقدمة بأى ثمن كان ويعتبر محضر البيع سنداً تنفيذياً بفرق الثمن بالنسبة إليه .

ويكون المحضر ملزماً بالثمن إن لم يستوفه من المشتري فوراً ولم يبادر بإعادة البيع على نمته ويعتبر محضر البيع سنداً تنفيذياً بالنسبة إليه كذلك .

مادة ٣٩٠ : يكف المحضر عن المضى فى البيع إذا نتج منه مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوز من أجلها هى والمصاريف ، وما يوقع بعد ذلك من المحجوز تحت يد المحضر أو غيره من يكون تحت يده الثمن يتناول إلى ما زاد على وفاء ما ذكر .

مادة ٣٩١ : يشتمل محضر البيع على ذكر جميع إجراءات البيع وما لقيه المحضر أثناءها من الاعتراضات والعقبات وما اتخذته فى شأنها وحضور المحجوز عليه أو غيابه والثمن الذى رسا به المزاد وعلى اسم من رسا عليه وتوقيعه .

مادة ٣٩٢ : إذا لم يطلب الدائن المباشر للإجراءات البيع فى التاريخ المحدد فى محضر الحجز جاز للحاجزين الآخرين طبقاً للمادة ٣٧١ أن يطلبوا إجراء البيع بعد اتخاذ إجراءات اللصق والنشر المنصوص عليها وإلى الدائن الذى كان يباشر الإجراءات وذلك قبل يوم واحد على الأقل .

دعوى الإسترداد :

٤٠٨- مادة ٣٩٣ : إذا رفعت دعوى إسترداد الأشياء المحجوزة وجب وقف البيع إذا حكم قاضى التنفيذ بشرط إيداع الثمن أو بدونه .

مادة ٣٩٤ : يجب أن ترفع دعوى الإسترداد على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين وأن تشتمل صحتها على بيان واف لأدلة الملكية ويجب على المدعى أن يودع عند تقديم الصحيفة لقلم الكتاب ما لديه من المستندات وإلا وجب الحكم بناء على طلب الحاجز بالاستمرار فى التنفيذ دون انتظار الفصل فى الدعوى ولا يجوز الطعن فى هذا الحكم .

مادة ٣٩٥ : يحق للحاجز أن يمس فى التنفيذ إذا حكمت المحكمة .
بشطب الدعوى أو بوقفها عملاً بالمادة ٩٩ أو إذا اعتبرت كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك كما يحق له أن يمس فى التنفيذ إذا حكم فى

الدعوى برفضها أو بعدم قبولها أو ببطلان صحيفتها أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها ولو كان هذا الحكم قابلاً للاستئناف .

مادة ٢٩٦ : إذا رفعت دعوى استرداد ثانية من مسترد آخر أو كان قد سبق رفعها من المسترد نفسه واعتبرت كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك أو شطبها أو بعدم قبولها أو بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان حكم قاضى التنفيذ بوقفه لأسباب هامة .

مادة ٢٩٧ : إذا خسر المسترد دعواه جاز الحكم عليه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن أربعمائة جنيه تمنح كلها أو بعضها للدائن وذلك مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه (١) .

(١) سبق تعديل المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر
فى ١/٦/١٩٩٢ - عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية العدد
١٩ مكرر (١) فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ . وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل .

الفصل الثالث

التنفيذ بطريق حجز العقار

٤٠٩- التنبيه بنزع ملكية العقار وإنذار الحائز وتسجيلها :

مادة ٤٠١ : يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه مشتملاً على البيانات الآتية :

١- بيان نوع السند التنفيذي وتاريخه ومقدار الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ إعلان السند .

٢- ائذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويبيع عليه العقار جبراً .

٣- وصف العقار مع بيان موقعة ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض وأرقامها التى يقع فيها وغير ذلك مما يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى .

وللدائن أن يستصدر بعريضة أمر بالتريخيص للمحضر بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشمولاته . وله أن يستصحب من يعاونه فى ذلك ولا يجوز التظلم من هذا الأمر .

٤- تعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ .

وإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على البيانات ٢٠١ من هذه المادة كانت باطلة .

فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ .

مادة ٤٠٢ : يسجل تنبيه نزع الملكية فى مكتب من مكاتب الشهر التى تقع فى دائرتها العقارات المبينة فى التنبيه .

وإذا تبين سبب تسجيل تنبيه آخر فلا يجوز المضى فى الإجراءات

على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية في المضى في الإجراءات لمن أعلن التنبيه الأسبق في التسجيل .

ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيهها لاحقاً في التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن ياذن له في الحلول محله في السبر بالإجراءات .

مادة ٤٠٢ : إذا تبين سبق تسجيل تنبيه عن العقار ذاته قام مكتب الشهر بالتأشير بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبيناً تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه وأشر كذلك على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله بما يفيد وجود التنبيه الأول وبتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه .

ويحصل التأشير بأمر القاضى بالحلول على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق وذلك بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر .

مادة ٤٠٤ : يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوراً .

مادة ٤٠٥ : لا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ١٧ ولا حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

مادة ٤٠٦ : تلاحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة .

ولكل دائن بيده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائن أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها .

وتباع الثمار والمحصولات في كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى ياذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة .

مادة ٤٠٧ : إذا لم يكن العقار مؤجراً اعتبر المدين حارساً أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذي .

وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون اجرة إلى أن يتم البيع .

وإذا كان العقار مؤجراً اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليف من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين .

وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارساً .

مادة ٤٠٨ : مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى فى شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة .

مادة ٤٠٩ : المخالفات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالفات الواجبة الشهر فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة .

مادة ٤١٠ : تطبق العقوبات المنصوص عليها فى المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٦١ من قانون العقوبات على المدين إذا اختلس الثمرات أو الإيرادات التى تلحق بالعقار المحجوز أو إذا أثلف هذا العقار أو أثلف الثمرات .

مادة ٤١١ : إذا كان العقار مثقلاً بتأمين عيني وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته .

ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ إليه وإلا كان باطلاً .

وتترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ .

مادة ٤١٢ : يجب أن يسجل الإنذار وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه .

مادة ٤١٣ : إذا تبين سبق تسجيل إنذار للحائز على العقار ذاته طبقت أحكام المادتين ٤٠٢ ، ٤٠٣ وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار .

قائمة شروط البيع والاعتراض عليها :

٤١٠ - مادة ٤١٤ : يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزاع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن .

ويجب أن تشتمل تلك القائمة على البيانات الآتية :

- ١- بيان السند التنفيذي الذي حصل التنبيه بمقتضاه .
- ٢- تاريخ التنبيه وتاريخ إنذار الحائز إن وجد ورقم تسجيلها وتاريخه .
- ٣- تعيين العقارات المبيعة في التنبيه مع بيان موقعها وحدودها ومساحتها ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك من البيانات التي تفيد في تعيينها .

٤- شروط البيع والضمن الأساسي .

٥- تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لذلك محل مع ذكر الثمن الأساسي لكل صفقة .

ويحدد في محضر الإيداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع .

مادة ٤١٥ : ترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

- ١- شهادة بيان الضريبة العقارية أو عوائد المبانى المقررة على العقار المحجوز .
- ٢- السند الذي يباشر التنفيذ بمقتضاه .

٢- التنبيه بنزع الملكية .

٤- إنذار الحائز .

٥- شهادة عقارية بالقيود لغاية تسجيل التنبيه وذلك عن مدة عشر سنوات سابقة .

مادة ٤١٦ : إذا استحق المبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن وبالتعويضات إن كان لها وجه ، ولا يجوز أن تتضمن قائمة شروط البيع الإعفاء من رد الثمن .

مادة ٤١٧ (١) : يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه ويكون الاختبار عند وفاة أحد هؤلاء الدائنين لورثته جملة في الموطن المعين في القيد .

وعلى المحضر الذي قام بإعلان ورقة الإخبار وإخطار مكتب الشهر بحصوله خلال ثمانية الأيام التالية وذلك للتأشير به على هامش تسجيل التنبيه ويصبح الدائنون المشار إليهم في الفقرة السابقة طرفاً في الإجراءات من تاريخ هذا التأشير .

ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيريات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم .

مادة ٤١٨ (٢) : تشمل ورقة الإخبار على البيانات الآتية :

- ١- تاريخ إيداع قائمة شروط البيع .
- ٢- تعيين العقارات المحجوزة على وجه الإجمال .
- ٣- بيان الثمن الأساسي المحدد لكل صفقة .

(١) معدلة بالقانون ٢٢ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر في ١٩٩٢/٦/١ .

(٢) معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر في ١٩٩٢/٦/١ .

٤- تاريخ الجلسة المحددة للنظر فيما يحتمل تقديمه من الاعتراضات على القائمة وبيان ساعة انعقادها وتاريخ جلسة البيع وساعة انعقادها في حالة عدم تقديم اعتراضات على القائمة .

٥- إنذار المعلن إليه بالاطلاع على القائمة وإبداء ما قد يكون لديه من أوجه البطلان أو الملاحظات بطريق الاعتراض عليها قبل الجلسات المشار إليها في الفقرة السابقة بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقه في ذلك . وكذلك تشتمل ورقة الإخبار على إنذار بائع العقار أو المقايض به بسقوط حقه في فسخ البيع أو المقايضة إذا لم تتبع أحكام المادة ٤٢٥ .

مادة ٤١٩ : تحدد في محضر إيداع قائمة شروط البيع لنظر الاعتراضات أول جلسة محل بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء الميعاد المشار إليه في المادة ٤١٧ ، ولا تقل المدة بين هذه الجلسة وجلسة البيع عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً ، فإذا لم تبد اعتراضات اعتبر تحديد أولى هاتين الجلستين كأن لم تكن وسير في إجراءات الإعلان عن البيع .

مادة ٤٢٠ : يترتب البطلان على مخالفة أحكام المواد ٤١٤ ، ٤١٦ ، ٤١٨ .

مادة ٤٢١ : يعلن قلم الكتاب عن ايداع القائمة النشر في إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية وبالتعليق في اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة وذلك خلال ثمانية الأيام التالية لآخر إخبار بإيداع القائمة .

ويودع محضر التعليق ونسخة من الصحيفة ملف التنفيذ في ثمانية الأيام التالية للإعلان عن الإيداع .

ولكل شخص أن يطلع على قائمة شروط البيع في قلم الكتاب دون أن ينقلها منها .

مادة ٤٢٢ : أوجه البطلان في الإجراءات السابقة عن الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات وكذلك جميع الملاحظات على شروط البيع يجب على المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧

أبداً، بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بالتقرير بها في قلم كتاب محكمة التنفيذ قبل الجلسة المشار إليها بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقهم في التمسك بها .

ولكل ذي مصلحة غير من ورد ذكرهم في الفقرة السابقة إبداء ما لديه من أوجه البطلان أو من الملاحظات بطريقة الاعتراض على القائمة أو بطريق التدخل عند نظر الاعتراض .

مادة ٢٢٣ : إذا كان التنفيذ على حصة شائعة في عقار فلكل دائن ذي حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها تلك الحصة الشائعة أن يعرض رغبته في التنفيذ على تلك الأعيان المفرزة ويطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة .

ويحدد الحكم القاضي بوقف الإجراءات المدة التي يجب أن تبدأ خلالها إجراءات التنفيذ على الأعيان المفرزة .

مادة ٢٢٤ : لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعنية في التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذي تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً فيها وفقاً لأحكام المادة ١٧٤ و يعين الحكم الصادر في هذا الاعتراض العقارات التي تقف الإجراءات مؤقتاً بالنسبة إليها . ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمتنع في التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما بيع للوفاء بحقه .

ويجوز كذلك للمدين أن يطلب بالطريق ذاته تأجيل إجراءات بيع العقار إذا أثبت أن صافي ما تغله أمواله في سنة واحدة يكفي لوفاء حقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً في الإجراءات . ويعين الحكم الصادر بالتأجيل الموعد الذي تبدأ فيه إجراءات البيع في حالة عدم الوفاء مراعيًا في ذلك المهلة اللازمة للمدين ليستطيع وفاء هذه الديون .

ويجوز إبداء الطلبات المتقدمة إذا طرأت ظروف تبرر ذلك في أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء .

مادة ٤٢٥ : على بائع العقار أو المقيض به إذا أراد اثناء إجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل ، وإلا سقط حقه في الاحتجاج بالفسخ على من حكم بإيقاع البيع عليه .

وإذا رفعت دعوى الفسخ واثبت ذلك في ذيل قائمة شروط البيع في الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة وقفت إجراءات التنفيذ على العقار .

إجراءات البيع :

٤١١- مادة ٤٢٦ : للنائب الذي يباشر الإجراءات ولكل نائب أصبح طرفاً فيها وفقاً للمادة ٤١٧ أن يستصدر أمراً من قاضي التنفيذ بتحديد جلسة للبيع ويصدر القاضي أمره بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات المقدمة في الميعاد بأحكام واجبة النفاذ وبعد التحقق من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائياً .

ويخبر قلم الكتاب بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة ٤١٧ بتاريخ جلسة البيع ومكانه وذلك قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل .

مادة ٤٢٧ : يحصل البيع في المحكمة ، ويجوز لمن يباشر الإجراءات والمدين والحائز والكفيل العيني وكل ذي مصلحة أن يستصدر إذنًا من قاضي التنفيذ بإجراء البيع في نفس العقار أو في مكان غيره .

مادة ٤٢٨ : يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر يوماً وذلك بملصق إعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

١- اسم كل من باشر الإجراءات والمدين والحائز والكفيل العيني ولقبه ومهنته وموطنه أو الموطن المختار .

٢- بيان العقار وفق ما ورد في قائمة شروط البيع

٢- تاريخ محضر إيداع قائمة شروط البيع .

٤- الثمن الأساسي لكل صفقة .

٥- بيان المحكمة أو المكان الذى يكون فيه البيع وبيان يوم المزايدة وساعتها .

مادة ٤٢٩ : تلصق الإعلانات فى الأمكنة الآتى ببيانها :

١- باب كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو كانت من المباني .

٢- باب مقر العمدة فى القرية التى تقع فيها الأعيان والباب الرئيسى للمركز أو القسم الذى تقع الأعيان فى دائرته .

٣- اللوحة المعدة للإعلانات بمحكمة التنفيذ .

وإذا تناول عقارات تقع فى دوائر محاكم أخرى تلصق الإعلانات أيضاً فى لوحات هذه المحاكم .

ويثبت المحضر فى ظهر إحدى صور الإعلان أنه أجرى اللصق فى الأمكنة المتقدمة الذكر ويقدم هذه الصورة لقلم الكتاب لإيداعها ملف التنفيذ.

مادة ٤٣٠ : يقوم قلم الكتاب فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٤٢٨ بنشر نص الإعلان عن البيع فى إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية ولا يذكر فى هذا الإعلان حدود العقار .

وتودع ملف التنفيذ نسخة من الصحيفة التى حصل فيها النشر مؤشر عليها من قلم الكتاب بتاريخ تقديمها إليه .

مادة ٤٣١ : يجوز للحاجز والمدين الحائز والكفيل العينى وكل ذى مصلحة أن يستصدر إذنًا من قاضى التنفيذ بنشر إعلانات أخرى عن البيع فى الصحف وغيرها من وسائل الإعلام أو بلصق عدد آخر من الإعلانات بسبب أهمية العقار أو طبيعته أو لغير ذلك من الظروف ولا يترتب على طلب زيادة النشر تأخير البيع بأى حال ويجوز كذلك عند الاقتضاء الاختصار فى الإعلان عن البيع بإذن من القاضى .

ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بزيادة الإعلان أو نقصه .

مادة ٤٣٢ : يجب على نوى الشأن إبداء أوجه البطلان فى الإعلان بتقرير فى قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة للبيع بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط الحق فيه .

ويحكم قاضى التنفيذ فى أوجه البطلان فى اليوم المحدد للبيع قبل افتتاح المزايدة ولا يقبل الطعن فى حكمه بأى طريق .

وإذا حكم ببطلان إجراءات الإعلان أجل القاضى البيع إلى يوم يحدده وأمر بإعادة هذه الإجراءات .

وإذا حكم برفض طلب البطلان أمر القاضى بإجراء المزايدة على الفور .
مادة ٤٣٣ : إذا أمر قاضى التنفيذ بتأجيل البيع وإعادة الإعلان وفقاً للمادة السابقة تكون مصاريف إعادة الإجراءات فى هذه الحالة على حساب كاتب المحكمة أو المحضر المتسبب فيها حسب الأحوال .

مادة ٤٣٤ : يقدر قاضى التنفيذ مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها مقابل أتعاب المحاماة ويعلن هذا التقدير فى الجلسة قبل افتتاح المزايدة ويذكر فى حكم إيقاع البيع .

وتجوز المطالبة بأكثر مما ورد فى أمر تقدير المصاريف ولا يصح على أية صورة اشتراط ما يخالف ذلك .

مادة ٤٣٥ : يتولى قاضى التنفيذ فى اليوم المعين للبيع إجراءات المزايدة بناء على طلب من يباشر التنفيذ أو المدين أو الحائز أو الكفيل العيى أو أى دائن أصبح طرفاً فى الإجراءات وفقاً للمادة ١٧ ، وذلك بعد التحقق من إعلانها بإيداع قائمة شروط البيع وبليلة البيع .

وإذا جرت المزايدة بدون طلب أحد من هؤلاء كان البيع باطلاً .

مادة ٤٣٦ : يجوز تأجيل المزايدة بذات الثمن الأساسى بناء على طلب كل ذى مصلحة إذا كان للتأجيل أسباب قوية ، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى طلب تأجيل البيع .

مادة ٤٣٧ : تبدأ المزايدة فى جلسة البيع بمناداة المحضر على الثمن الأساسى والمصاريف .

ويعين القاضى قبل بدء المزايده مقادير التدرج فى العروض فى كل حالة بخصوصها مراعيًا فى ذلك مقدار الثمن الأساسى .

مادة ٤٢٨ : إذا لم يتقدم مشتر فى جلسة البيع يحكم القاضى بتأجيل البيع مع نقص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك

مادة ٤٣٩ : إذا تقدم مشتر أو أكثر فى جلسة البيع يعتمد القاضى العطاء فى الجلسة فوراً لمن تقدم بأكبر عرض ويعتبر العرض الذى لا يزداد عليه خلال ثلاث دقائق منهياً للمزايدة .

مادة ٤٤٠ : يجب على من يعتمد القاضى عطاؤه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذى اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل . وفى هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه . فإذا لم يودع الثمن كاملاً وجب عليه ايداع خمس الثمن على الأقل وإلا أعيدت المزايده على ذمته فى نفس الجلسة . وفى حالة عدم ايداع الثمن كاملاً يؤجل البيع .

وإذا أودع المزايد الثمن فى الجلسة التالية حكم بإيقاع البيع عليه إلا إذا تقدم فى هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصحوباً بكامل الثمن المزداد . وفى هذه الحالة تعاد المزايده فى نفس الجلسة على أساس هذا الثمن ، فإذا لم يتقدم أحد للزيادة بالعشر ولم يقدم المزايد الأول بإيداع الثمن كاملاً وجبت إعادة المزايده فوراً على ذمته ، ولا يعتد فى هذه الجلسة بأى عطاء غير مصحوب بكامل قيمته . ولا يجوز بأى حال من الأحوال أن تشتمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك .

مادة ٤٤١ : كل حكم يصدر بتأجيل البيع يجب أن يشتمل على تحديد جلسة لإجرائه فى تاريخ يقع بعد ثلاثين يوماً وقبل ستين يوماً من يوم الحكم .

ويعاد الإعلان عن البيع فى الميعاد وبالإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠

فإذا كان تأجيل البيع قد سبقه اعتماد عطاء وجب أن يشتمل الإعلان أيضاً على البيانات الآتى كرها :

١- بيان إجمالي بالعقارات التي اعتمد عطاؤه .

٢- اسم من اعتمد عطاؤه ومهنته وموطنه الأصلي أو المختار .

٣- الثمن الذي اعتمد به العطاء .

مادة ٤٤٢ : إذا كان من حكم بإيقاع البيع عليه دائناً وكان مقدار دينه مرتبته يبرران اعفائه من الإيداع أعفاه القاضى .

مادة ٤٤٣ : يلزم المزايد المتخلف بما ينقص من ثمن العقار بالفوائد ويتضمن الحكم بإيقاع البيع الزام المزايد المتخلف بفرق الثمن إن وجد ولا يكون له حق فى الزيادة بل يستحقها المدين أو الحائز أو الكفيل العينى بحسب الأحوال .

مادة ٤٤٤ : يجوز لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء الثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين إذا وافقه الموكل على ذلك .

مادة ٤٤٥ : على المشتري أن يتخذ موطناً مختاراً فى البلدة التى بها مقر المحكمة إذا لم يكن ساكناً بها ، فإن كان ساكناً وجب أن يبين عنوانه على وجه الدقة .

الفصل الرابع

التنفيذ بطريق حجز ما للمدين لدى الغير

٤١٢- مادة ٢٢٥ : يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط .

ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين فى ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما فى ذمته ما لم يكن موقعاً على دين بذاته .

مادة ٢٢٦ : لا يجوز للحاجز أن يضم لدينه من الفوائد أكثر من فائدة سنة واحدة ولا أن يضم إليه فى مقابل المصاريف أكثر من عشر مبلغ الدين على ألا يجاوز ذلك العشر أربعين جنيهاً .

مادة ٢٢٧ : إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو كان دينه فيه غير معين المقدار فلا يجوز الحجز إلا بأمر من قاضى التنفيذ يأنى فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً وذلك بناء على عريضة يقدمها طالب الحجز .

ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الإنزاع إذا كان بيد الدائن حكم ولو كان غير واجب النفاذ متى كان الدين الثابت به معين المقدار .

مادة ٢٢٨ : يحصل الحجز بدون حاجة إلى إعلان سابق إلى المدين بموجب ورقة من أوراق المحضرين تعلن إلى المحجوز لديه وتشتمل على البيانات الآتية :

١- صورة الحكم أو السند الرسمى الذى يوقع الحجز بمقتضاه أو إذن القاضى بالحجز أو أمره بتقدير الدين .

٢- بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله وفوائده والمصاريف .

٣- نهى المحجوز لديه عن الوفاء بما فى يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه مع تعيين المحجوز عليه تعييناً نافياً لكل جهالة .

٤- تعيين موطن مختار للحاجز فى البلدة التى بها مقر محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحجوز لديه .

٥- تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما فى ذمته خلال خمسة عشر يوماً .

وإذا لم تشتمل الورقة على البيانات الواردة فى البنود (١) و (٢) و (٣) كان الحجز باطلاً .

ولا يجوز لقلم المحضرين إعلان ورقة الحجز إلا إذا أودع الحاجز خزانة محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحجوز لديه أو لحسابها مبلغاً كافياً لأداء رسم محضر التقرير بما فى الذمة ويؤشر بالإيداع على أصل الإعلان وصورته .

مادة ٢٢٩ : إذا كان الحجز تحت يد محصلى الأموال العامة أو الأمناء عليها وجب أن يكون إعلانه لأشخاصهم .

مادة ٢٣٠ : إذا كان المحجوز لديه مقيماً خارج الجمهورية وجب إعلان الحجز لشخصه أو فى موطنه فى الخارج بالأوضاع المقررة فى البلد الذى يقيم فيه .

مادة ٢٣١ : إذا كان للمحجوز لديه عدة فروع فلا ينتج الحجز أثره إلا بالنسبة إلى الفرع الذى عينه الحاجز .

مادة ٢٣٢ : يكون إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه مع تعيين موطن مختار للحاجز غير البلدة التى بها مقر المحكمة الواقع بدائرتها موطن المحجوز عليه .

ويجب إبلاغ الحجز خلال ثمانية الأيام التالية لإعلانها إلى المحجوز لديه وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

مادة ٢٣٣ : فى الأحوال التى يكون فيها الحجز بأمر من قاضى التنفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام المشار إليها فى المادة

السابقة أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

وإذا كانت دعوى الدين مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى قدمت دعوى صحة الحجز إلى نفس المحكمة لتتقرر فيهما معاً .

مادة ٣٢٤ : إذا اختصم المحجوز لديه فى دعوى صحة الحجز فلا يجوز له أن يطلب خروجه منها ولا يكون الحكم فيها حجة عليه إلا فيما يتعلق بصحة إجراءات الحجز .

مادة ٣٣٥ : يجوز للمحجوز عليه أن يرفع الدعوى بطلب رفع الحجز أمام قاضى التنفيذ الذى يتبعه ولا يحتج على المحجوز لديه برفع هذه الدعوى إلا إذا أبلغت إليه ، ويترتب على إبلاغ المحجوز لديه بالدعوى منعه من الوفاء للحاجز إلا بعد الفصل فيها .

مادة ٣٣٦ : الحجز لا يوقف استحقاق الفوائد على المحجوز لديه ولا يمنعه من الوفاء ولو كان الحجز مدعى ببطلانه ، كما لا يمنع المحجوز عليه من مطالبته بالوفاء .

ويكون الوفاء بالإيداع فى خزانة المحكمة التابع لها المحجوز لديه .

مادة ٣٣٧ : يبقى الحجز على المبالغ التى تودع خزانة المحكمة تنفيذاً لحكم المادة السابقة وعلى قلم الكتاب إخبار الحاجز والمحجوز عليه بحصول الإيداع فى ظرف ثلاثة أيام وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

ويجب أن يكون الإيداع مقترناً ببيان موقع من المحجوز لديه بالحجز التى وقعت تحت يده وتواريخ إعلانها وأسماء الحاجزين والمحجوز عليهم وصفاتهم وموطن كل منهم والسندات التى وقعت الحجز بمقتضاها والمبالغ التى حجز من أجلها .

وهذا الإيداع يغنى عن التقدير بما فى الذمة إذا كان المبلغ المودع كافيًا للوفاء بدين الحاجز ، وإذا وقع حجز جديد على المبلغ المودع - فأصبح غير كاف جاز للحاجز تكليف المحجوز لديه التقرير بما فى ذمته خلال خمسة عشر يوماً من يوم تكليفه ذلك .

مادة ٢٢٨ : يجب على المحجوز لديه رغم الحجز أن يبقى للمحجوز عليه بما لا يجوز حجزه بغير حاجة إلى حكم بذلك .

مادة ٢٢٩ : إذا لم يحصل الإيداع طبقاً للمادتين ٣٠٢ ، ٣٠٣ وجب على المحجوز لديه أن يقرر بما فى ذمته فى قلم كتاب محكمة المواد الجزئية التابع هو لها خلال الخمسة عير يوماً التالية لإعلانها بالحجز ويذكر فى التقرير مقدار الدين وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجز الموقعة تحت يده ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً عليها .

وإذا كان تحت يد المحجوز لديه منقولات وجب عليه أن يرفق بالتقرير بياناً مفصلاً بها .

ولا يعفيه من واجب التقرير أن يكون غير مدين للمحجوز عليه .

مادة ٢٤٠ : إذا كان الحجز تحت يد إحدى المصالح الحكومية أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة والشركات والجمعيات التابعة لها وجب عليها أن تعطى الحاجز بناء على طلبه شهادة تقوم مقام التقرير .

مادة ٢٤١ : إذا توفى المحجوز لديه أو فقد أهليته أو زالت صفته أو صفة من يمثله كان للحاجز أن يعلن ورقة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه بصورة من ورقة الحجز ويكلفه التقرير بما فى الذمة خلال خمسة عشر يوماً .

مادة ٢٤٢ : ترفع دعوى المنازعة فى تقرير المحجوز لديه أمام قاضى التنفيذ الذى يتبعه .

مادة ٢٤٣ : إذا لم يقرر المحجوز لديه بما فى ذمته على الوجه وفى الميعاد المبين فى المادة ٢٢٩ أو قرر غير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير جاز الحكم عليه للدائن الذى حصل على سند تنفيذى بدينه بالمبلغ المحجوز من أجله وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة .

ويجب فى جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى والتعويضات المترتبة على تقصيره أو تأخيريه .

مادة ٢٤٤ : يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يرد إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفي منه بحق الحاجز وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذي وكانت الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٨٥ قد روعيت .

مادة ٢٤٥ : للمحجوز لديه في جميع الأحوال أن يخصم مما في ذمته قدر ما أنفقه من المصاريف بعد تقديرها من القاضي .

مادة ٢٤٦ : إذا لم يحصل الوفاء ولا الإيداع كان للحاجز أن ينفذ على أموال المحجوز لديه بموجب سنده مرفقاً به صورة رسمية من تقرير المحجوز لديه .

مادة ٢٤٧ : إذا كان الحجز على المنقولات ، بيعت بالإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز لدى المدين دون حاجة إلى حجز جديد .

مادة ٢٤٨ : إذا كان المحجوز ديناً غير مستحق الأداء بيع وفقاً لما تنص عليه المادة ٤٠٠ .

ومع ذلك يجوز للحاجز إذا لم يوجد حاجزون غيره أن يطلب اختصاصه بالدين كله أو بقدر حقه منه بحسب الأحوال ، ويكون ذلك بدعوى ترفع على المحجوز عليه والمحجوز لديه أمام قاضي التنفيذ التابع له المحجوز لديه ويعتبر الحكم باختصاص الحاجز بمثابة حوالة نافذة ، ولا يجوز الطعن في هذا الحكم بأي طريق .

مادة ٢٤٩ : يجوز للدائن أن يوقع الحجز تحت يد نفسه على ما يكون مديناً به ، ويكون الحجز بإعلان إلى المدين يشتمل على البيانات الواجب ذكرها في ورقة إبلاغ الحجز .

وفي الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي التنفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان المدين بالحجز أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

مادة ٣٥٠ : الحجز الواقع تحت يد إحدى المصالح الحكومية أو

وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة والشركات والجمعيات التابعة لها لا يكون له أثر إلا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانه ما لم يعلن الحاجز المحجوز لديه في هذه المدة باستبقاء الحجز فإن لم يحصل هذا الإعلان أو لم يحصل تجديده كل ثلاث سنوات اعتبر الحجز كأن لم يكن مهما كانت الإجراءات أو الاتفاقات أو الأحكام التي تكون قد تمت أو صدرت في شأنه .

ولا يبدأ مدة الثلاث سنوات المذكورين بالنسبة إلى خزنة المحكمة إلا من تاريخ ايداع المبالغ المحجوز عليها .

مادة ٣٥١ : يجوز لقاضى التنفيذ فى أية حالة تكون عليها الإجراءات أن يحكم بصفة مستعجلة فى مواجهة الحاجز بالإذن للمحجوز عليه فى قبض دينه من المحجوز لديه رغم الحجز وذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا وقع الحجز بغير سند تنفيذى أو حكم أو أمر .

٢- إذا لم يبلغ الحجز المحجوز عليه فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ أو إذا لم ترفع الدعوى بصحة الحجز فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٣٣ .

٣- إذا كان قد حصل الإيداع والتخصيص طبقاً للمادة ٣٠٢ .

مادة ٣٥٢ : يعاقب المحجوز بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٢٤١ من قانون العقوبات إذا بدد الأسهم والسندات وغيرها من الـ نقولات المحجوز عليها تحت يده إضراراً بالحاجز .

طبيعة الحجز تحت يد المصلحة أو الشركة لدين النفقة :

٤١٣- نصت المادة ٧٢ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية و وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخمس المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز

عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء آخر .

١٣٤ مكرر - نصت المادة ٧٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، فى حدود النسب التالية :

٢٥٪ للزوجة أو المطلقة . وتكون ٤٠٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة.

٢٥٪ للوالدين أو أيهما .

٣٥٪ للوالدين أو أقل .

٤٠٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

٥٠٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة عن ٥٠٪ تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

كما نصت المادة ٧٧ من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه عند التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

إتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدول العربية :

فى ١٠/١١/١٩٥٢ إنعقدت إتفاقية بين الدول العربية التالية : الأردن - سوريا - العراق - السعودية - لبنان - مصر - اليمن ، ثم إنضمت إليها : ليبيا - والكويت بشأن تنفيذ الأحكام فيما بينها تضمنت المبادئ التالية :

١- أن كل حكم مدنى أو تجارى أو بتعويض أو فى أحوال شخصية صادر من هيئة قضائية فى إحدى دول الجامعة العربية ، يكون قابلاً للتنفيذ فى سائر دول الجامعة وفقاً لأحكام تلك الإتفاقية .

٢- لا يجوز رفض تنفيذ الحكم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا تبين للسلطة القضائية في الدولة المطلوب إليها التنفيذ أن الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم لا ولاية لها أو أنها غير مختصة بنظر الدعوى.

(ب) إذا كان الخصوم لم يعلنوا على الوجه الصحيح .

(ج) إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، أو إذا كان مناقضاً لمبدأ تعتبر كقاعدة عمومية دولية.

(د) إذا كان قد صدر حكم نهائي بين نفس الخصوم في ذات الموضوع من إحدى محاكم الدولة المطلوب إليها التنفيذ ، أو أنه توجد لدى هذه المحاكم دعوى قيد النظر بين نفس الخصوم في ذات الموضوع رفعت قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه .

٣- لا يجوز رفض تنفيذ حكم محكمين صادر في إحدى دول الجامعة العربية إلا في الحالات التالية :

(أ) إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم .

(ب) إذا كان الحكم غير صابر تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.

(ج) إذا كان المحكومون غير متخصصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه .

(د) إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح .

(هـ) إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ .

(و) إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها .

٤- لا تسرى هذه الإتفاقية بأى وجه من الوجوه على الأحكام التي تصدر ضد الحكومة المطلوب إليها التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها بسبب الوظيفة فقط ، كما لا تسرى على الأحكام التي يتنافى تنفيذها مع المعاهدات والإتفاقيات الدولية المعمول بها في البلد المطلوب إليها التنفيذ .

٥- يجب أن يرفق بطلب التنفيذ المستندات الآتية :

(أ) صورة رسمية طبق الأصل مصدق عليها من الجهات المختصة للحكم المطلوب تنفيذه المذيل بالصيغة التنفيذية .

(ب) أصل إعلان الحكم المطلوب تنفيذه أو شهادة رسمية دالة على أن الحكم تم إعلانه على الوجه الصحيح .

(ج) شهادة من الجهات المختصة دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ .

(د) شهادة دالة على أن الخصوم أعلنوا بالحضور أمام الجهات المختصة أو أمام هيئة المحكمين على الوجه الصحيح إذا كان الحكم أو قرار المحكمين المطلوب تنفيذه قد صدر غيابياً .

٦- يكون للأحكام التي يتقرر تنفيذها في إحدى دول الجامعة نفس القوة التنفيذية التي لها في محاكم الدولة طالبة التنفيذ .

٧- لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة التنفيذ في بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو أمانة أو كفالة لا يلزم بها رعايا هذا البلد ، كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق في المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية .

٨- تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التي ترفع إليها طلبات التنفيذ وإجراءاته وطرق الطعن في الأمر أو القرار الصادر في هذا الشأن وتبلغ ذلك من كل من الدول المتعاقدة الأخرى .

ثم تحدثت مواد الاتفاقية الباقية عن كيفية التصديق على الاتفاقية ، وإيداع وثائق التصديق الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، وكيفية الانضمام إلى الاتفاقية ، والعمل بها ، وكيفية الإنسحاب منها .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بجلسته ١٩٦٩/١/٢٨^(١) بتطبيق أحكام الاتفاقية في شأن تنفيذ الحكم الصادر

(١) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - العدد ١ - مدني وأحوال - ص ١٧ وما بعدها .

بتاريخ ٢٢ من ربيع الأول سنة ١٢٨٢هـ من المحكمة الكبرى بالدمام فى المملكة العربية السعودية ، وقد أوردت المحكمة تدليلاً على جعل هذا الحكم قابلاً للتنفيذ فى مصر ، أن ذلك الحكم يحمل توقيع رئيس المحكمة وختم رئاسة القضاء بمحكمة الدمام الكبرى ، وأنه كتب على ظهره أنه سجل بالمجلد الخاص بالأحكام الحقوقية لعام ١٢٨٢هـ . وأن المطعون عليه قدم شهادة من أمير منطقة الرياض بأن الحكم يحمل فى ذاته الصيغة التنفيذية الإجبارية ، كما قدم شهادة من رئيس ديوان المظالم تفيد أن الحكم قد إستوفى شرائطه التى تجعله قابلاً للتنفيذ طبقاً لإتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين دول الجامعة العربية بشأن تبادل تنفيذ الأحكام ، وأنه بشكله الذى قدم به يعد قابلاً للتنفيذ فى الدولة التى صدر من محاكمها وهى المملكة العربية السعودية ، بما يتحقق فى شأنه ذات الإعتبارات التى تستهدفها الصيغة التنفيذية .

التنفيذ تحت يد البنوك وسرية الحسابات بها :

وضع القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ الخاص بسرية الحسابات بالبنوك (المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٩ مكرراً بتاريخ ٢/١٠/١٩٩٠) القواعد والضوابط بالتقرير بما فى الذمة فى حالة الحجز تحت يد البنك إستيفاء لدين نفقة أو غيرها .

فنصت المادة الثالثة منه على أن يطلب النائب العام أو من يفوضه من المحامين العاميين الأول من محكمة إستئناف القاهرة التقرير بما فى الذمة بمناسبة الحجز الموقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وعلى النائب العام أو من يفوضه إخطار البنك وذوى الشأن بالأمر الذى تصدره المحكمة خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره .

ولا يبدأ ميعاد التقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

الباب الثانى

الطبيعة الشرعية والدستورية والقانونية

لحبس المحكوم عليهم بالنفقات

شروط حبس المدين بالنفقة :

٤١٤ - نصت المادة ٧١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

هذا الحكم مستحدث .

كما نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

ونصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحلات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وادارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنفقات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تعلم الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء آخر .

نصت المادة ٧٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم خزائنة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعها أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر ، متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

نصت المادة ٧٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها ، وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقتها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها .

نصت المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١) لسنة ٢٠٠٠) بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع الزامه بردها وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر .

الأساس الشرعى للحكم بحبس المدين بالنفقة :

١٥٤- فى الشريعة الإسلامية أصول تجيز حبس المدين القادر على الوفاء بدينه متى كان ممطلاً ، سواء أكان هذا الدين نفقة أو غير ذلك ، لقول الرسول ﷺ : « على الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » (١) ، وقد إتفق أصحاب المذاهب الأربعة على جواز الحبس .

ويعتبر فقهاء الحنفية معاملة المدين من مجرد ثبوت الحق المدعى به إذا أنكره أمام القاضى ، لأن الإنكار تصميم على عدم الأداء ، ويرتبون على ذلك أنه لو طلب إيماله حتى يستحضر المال ليؤدى ما عليه لم يجب إلى

(١) عرضه أى شكايته ، وعقوبته أى حبسه - نيل الأوطار - للشوكانى - جزء ٥ - ص ٢٤٠ .

طلبه وحبس بمجرد ثبوت الحق ، أما لو ثبت الحق بإقراره فإنه لا يعتبر مماتلاً إلا إذا أمره القاضى بنفع ما عليه ، وإمهاله لذلك فلم يفعل ، لأنه يعرف كونه مماتلاً فى أول وهلة إذ من الجائز أن يكون قد طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك ظهر مطله . وذهب السرخسى إلى عكس ذلك حيث أوجب حبس من ثبت الدين بإقراره بلا إمهال ، لأنه كان عليه أن يستصحب معه المال ما دام مقرر به . وقرر بعضهم أن القاضى لا يكتفى بأمره بالأداء وإمهاله لذلك ، بل لابد له من أن ينبهه إلى أنه إذا امتنع سوف يحبسه ، ويفعل ذلك معه مراراً ، والمدة التى يجاب إلى الإمهال لها هى ثلاثة أيام .

المحكمة المختصة بالإشكالات في الحبس للنفقة :

٤١٦- سبقت الإشارة إلى أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ من اللائحة الشرعية اللتين كانتا تنظمان قواعد إشكالات التنفيذ ومن ثم وعملاً بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر الذي يكون قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ هو الواجب التطبيق في شأن الإشكال في تنفيذ الأحكام الشرعية ومنها أحكام الحبس .

والمختص بنظر الإشكالات سواء أكانت وقتية أو موضوعية هو قاضي التنفيذ دون غيره عملاً بالمادة ٣١٢ من قانون المرافعات الجديد ، وهذا الاختصاص المنعقد له بها من النظام العام - وسوف نعود إلى بحث إشكالات التنفيذ في الفصل الرابع .

الفرق بين حكم المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمادة ٢٩٣ عقوبات :

٤١٧- تعرف المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك .

وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعي على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، بينما تعرف المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات بأنها تنظم قواعد جريمة هجر العائلة .

أما المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات فتنص على ما يلي :

« كل من صدر عليه حكم قضائي واجب التنفيذ لزوجته أو أقرابه أو إصهاره أو أجره حضانة أو مسكن وإمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة

ويغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين . ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية فى شأن المادة ٢٩٣ عقوبات أنها مادة جديدة أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة وهى جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة « كالفرنسى والإيطالى والبلجيكى » .

وحكمة التجريم هى رعاية الروابط العائلية من ناحية الاحتياجات المادية، نظراً لما يترتب على تقاعس بعض الملتزمين بالإتفاق على غيرهم من إضطراب على أحوال هؤلاء .

وهذا النص مستمد - فى الحقيقة - من الشريعة الإسلامية التى وضعت أحكاماً مفصلة لمختلف أنواع النفقات ، ونظمت بعض قواعدها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل سن القوانين الأجنبية ، بل أن النفقات وهى الركن الأساسى فى الجريمة ترجع فى تقريرها إلى محاكم الأحوال الشخصية التى تطبق الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية الأخرى .

(١) أوجه الشبه بين المادتين :

١- يقوم حكم المادتين على إلزام سلبى من جانب المحكوم عليه بالإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها للمحكوم له .

٢- يقتضى إعمال حكم كل من المادتين ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ و ٢٩٣ عملاً إيجابياً من جانب المحكوم له بالنفقة ، وفى الأول يتقدم بصحيفة دعوى الحبس ويباشرها حتى يحكم بحبس المدين بالنفقة ، وفى الثانية يتقدم ببلاغ (شكوى) إلى جهة التحقيق المختصة ويباشرها حتى فيحكم بحبس المدين بالنفقة .

٣- لكل من مستحق النفقة أن ينهى إجراءات حبس المدين ، متى طلب ذلك ، فى حالة دفع النفقة أو تقديم كفيل بها .

٤- يشكل حكم كل منهما عقوبة في جانب المحكوم عليه بالنفقة مع الخلاف السابق .

٥- الغاية من حكم كل منهما حماية الأسرة ، وكفالة الحياة للمحكوم له بالنفقة ، وإكراه المدين بها وإجباره على الوفاء بها للمحكوم له .

(ب) أوجه الخلاف بين المادتين :

١- أن المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في باب ١ تنفيذ الأحكام ، على حين أن المادة ٢٩٢ عقوبات وردت في عداد الجنع المنصوص عليها في قانون العقوبات .

٢- أن مجال المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بيان كيف أن الإكراه البدني وسيلة من وسائل التنفيذ في ديون النفقات ولو كانت لمدة لا تقل عن ستة أشهر - أما المادة ٢٩٢ عقوبات فقد نصت على أن الإمتناع عن دفع النفقة مع القدرة لمدة ثلاثة أشهر جريمة لها عقوبة خاصة .

٣- أن مدة الحبس في نص المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ لا تزيد على سنتان ، بينما هي في المادة ٢٩٢ عقوبات لا تزيد على سنة .

٤ - أن محكمة الأحوال الشخصية هي التي تختص بحبس المدين بالنفقة تطبيقاً للمادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، بينما تختص محكمة الجنع بحبسه تطبيقاً للمادة ٢٩٢ عقوبات .

٥- لا أثر للعود في أحكام المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن من مقتضى العود في المادة ٢٩٢ عقوبات أن يكون الحبس الذي لا يزيد على سنة هو عقوبة الجريمة بعد أن كانت الحبس أو الغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه في حالة المجرم غير العائد .

٦- أن الإشكال في تنفيذ حكم الحبس الصادر تنفيذاً لحكم المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ رفع إلى قاضى التنفيذ بالمحكمة الجزئية المختصة إعمالاً لنص المادة من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، بينما يرفع إلى المحكمة الجنائية تنفيذاً لحكم المادة ٢٩٢ عقوبات .

عدم تنفيذ حكم الرؤية غير مؤثم جنائياً :

٤١٧ مكرراً) - إن مناط نص المادة ٢٩٣ عقوبات أن يكون قد صدر قرار (حكم) من القضاء بشأن حضانة الصغير وحفظه وإمتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار- يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصابات - إن الحكم المطعون فيه إذ دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم إبنته إلى والدتها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات مع صراحة نص ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الإنحراف عنها بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه (١) .

جريمة عدم تسليم صغير لمن له الحق فى طلبه :

٤١٨ - تقضى المادة ٢٨٤ عقوبات بأن : « يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً كل من كان متكفلاً بطفل وطلبه منه من له الحق فى طلبه ولم يسلمه إليه » ، وهذا النص يقابل المادتين ٣٥٤ و ٣٥٧ من قانون العقوبات الفرنسى .

وقد حل هذا النص محل المادة ٢٤٦ من قانون عقوبات ١٩٠٤ ، وهى تتناول بالعقاب الأب والأم إذا إمتنع عن تسليم ولده إلى من حكم له بحضانتها - وقد إستقر الرأى فى فرنسا على أن النصوص المتعلقة بالخطف فى قانون العقوبات لا تتناول الآباء والأمهات ، إذ هم بما فطروا عليه من الحنان والعطف نحو أولادهم لا يمكن أن تمتد إليهم نصوص وضعت فى الواقع حماية لسلطتهم وحفاظة على أولادهم وهم صغار فى

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - جنائى - العدد ١ - ص ٤٨٣ وما بعدها .

حجورهم ، فإضطر الشارع الفرنسي فى سنة ١٩٠١ إلى إضافة فقرة إلى المادة ٣٥٧ عقوبات فرنسى تقضى بمعاقبة أى الوالدين يمتنع عن تسليم طفله أو يخطفه بعد صدور حكم بحضائنه - أما فى مصر فقد جرى قضاء المحاكم قبل التعديل الحاصل فى مايو سنة ١٩٣٢ على معاقبة الأب والأم إذا امتنع عن رد الطفل لمن كان له منهما الحق فى إستلامه ، إلى أن يعدل النص وفى ظل النص المعدل يتعين لعقاب المتهم ثبوت إمتناعه عن تسليم الطفل بعد طلبه منه ، فإذا لم يثبت الإمتناع فلا عقاب - وقد حكم (١) بأنه لا محل لتطبيق المادة ٢٤٦ عقوبات على امرأة اتهمت بالإمتناع عن تسليم حفيدها المحكوم بتسليمه لوالده ، لأنه صادر ضدها حكم شرعى بالتسليم ، وقالت المحكمة فى حكمها أنه على المحكوم له أولاً أن يتخذ الطريق المرسوم قانوناً لتنفيذ الحكم وإستلام الغلام من المتهمة ، وهذا الطريق يقطع كل شك فى القضية من جهة ما نسب إليها من الإمتناع بدون وجه مقبول .

هذا ويلاحظ أن جريمة الإمتناع عن تسليم طفل لمن له حق فى طلبه تعتبر من قبيل الجرائم المستمرة إستمراراً متتابعاً أو متجدداً .

كما يلاحظ أن تنفيذ تسليم الصغير لمن له حق طلبه يكون بطريق التنفيذ الإدارى (الشرطة) ، إذ لا يتصور أن يكون تنفيذ الأحكام الشرعية الذى محله أشخاص بطريق التنفيذ القضائى .

(١) نقض - جلسة ١٩٢٤/٤/٧ - الطعن ٦٤٠ لسنة ٤١ - الموسوعة الجنائية - للمستشار جندى عبد الملك الجزء الأول - ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

الباب الثالث

قواعد التنفيذ المؤقت

٤١٩- نصت المادة ٥٩ من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكماً مؤقتاً واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو بتقرير نفقة أو بتعديل النفقة التي قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو بالنقصان حتى تصدر حكمها النهائي في استئناف الحكم القطعي وفقاً لما نص عليه في المادة ١٠ .

ونصت المادة ٨ فقرة (جـ) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن :
« إذا حكم بعزل ناظر وقف أو ضم ناظر آخر إليه تعيين المحكمة في الحاليتين بحكم واجب النفاذ ناظراً بصفة مؤقتة إلى أن يفصل في الدعوى بحكم نهائي .

الباب الرابع

إشكالات التنفيذ

٤٢١- كانت المادتان ٣٥١ و ٣٥٢ من اللائحة الشرعية الواردتان في الباب الثاني من الكتاب الخامس منها تنظمان قواعد إشكالات التنفيذ ، وهاتان المادتان قد تناولها الإلغاء الذي نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة من القانون المذكور يكون من قانون المرافعات هو القانون الواجب التطبيق في شأن إشكالات التنفيذ (١) .

ولقد نظمت المواد من ٢١٢ إلى ٣١٥ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام إشكالات التنفيذ .

قاضى التنفيذ هو المختص بنظر الإشكالات :

٤٢٢- تفيد المادة ٢١٢ من قانون المرافعات الجديد اختصاص قاضى التنفيذ بنظر إشكالات التنفيذ ، وكما تفيد المذكرة الإيضاحية إختصاصاً بها سواء أكانت وقتية أم موضوعية .

وتنص المادة ٢٧٤ مرافعات على أن التنفيذ يجرى تحت إشراف قاضى التنفيذ (٢) الذى يندب فى مقر كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة

(١) أهم المراجع فى هذا الفصل : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - طبعة ١٩٦٩ - ص ٦٨٧ وما بعدها . وقواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة - للدكتور رمزى سيف - طبعة ١٩٦٩/١٩٦٨ - ص ١٦٦ وما بعدها . وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) أوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى شأن قاضى التنفيذ أن المشرع إستحدث هذا النظام لملائمة للبيئة المصرية ونظامها القضائى . ويهدف هذا النظام المستحدث إلى توفير إشراف فعال متواصل للقاضى على إجراءات التنفيذ فى كل خطوة من خطواته للقائمين به فى كل تصرف يتخذ منهم ، كما يهدف إلى جمع شتات المسائل المتعلقة به فى ملف واحد وفى يد قاض واحد قريب من محل التنفيذ يسهل على الخصوم الإلتجاء إليه . ومن أجل ذلك خول المشرع هذا القاضى -

الابتدائية ويعاونه فى ذلك عدد كاف من المحضرين وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وتقضى المادة ٢٧٥ مرافعات باختصاص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أى كانت قيمتها كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .

وفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة .

والمنازعات الوقتية هى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى لا يمس بأصل الحق ، أما المنازعات الموضوعية فهى المنازعات التى يطلب فيها الحكم بحسم النزاع فى أصل الحق (١) .

ونصت المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات على أن تستأنف أحكام قاضى التنفيذ فى المنازعات الموضوعية إلى المحكمة الابتدائية إذا زادت قيمة النزاع على ألفى جنيهًا ولم تتجاوز عشرة آلاف جنيهًا وإلى محكمة الاستئناف إذا زادت على ذلك وتستأنف أحكامه فى المنازعات الوقتية إلى المحكمة الابتدائية.

إختصاصات وسلطات واسعة فى كل ما يتعلق بالتنفيذ . فجعله مختصاً دون غيره بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ وبالفصل فى كل المنازعات المتعلقة به . سواء أكانت منازعات موضوعية أم فنية وسواء أكانت من الخصوم أم من الغير . كما خوله قاضى الأمور المستعجلة عند فصله فى المنازعات وهى المنازعات التى يكون المطلوب فيها إجراء وقتياً ، كما أسند المشرع إلى قاضى التنفيذ إختصاصاً شاملاً فى جميع المسائل المتعلقة بالتنفيذ أى كانت قيمتها . أن ما إبتفاه المشرع من إستحداث نظام قاضى التنفيذ هو تجميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية والحكمة من تجميع منازعات التنفيذ بنوعيهما فى يد قاضى التنفيذ تعلق فى غايتها على قواعد الاختصاص .

(١) وقضت محكمة النقض بعدم قبول الإشكال الوقتى إلا إذا كان سببه لاحقاً لصدور الحكم المستشكل فى تنفيذه ويعتبر السبب القائم قبل صدور الحكم قد اندرج ضمن الدفوع فى الدعوى التى صدر فيها الحكم سواء دفع به فى تلك الدعوى أم لم يدفع (نقض - جلسة ١٠/١١/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص١٩٧٢).

ولم يشأ المشرع أن يستعمل عبارة « إشكالات التنفيذ الموضوعية والوقتيّة، مؤثراً عليها استعمال عبارة « منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتيّة قاصداً من ذلك توسيع إختصاصات قاضى التنفيذ فى شأن الخلافات التى تتصل بالتنفيذ ذلك أن (منازعات التنفيذ) أكثر شمولاً وأوسع نطاقاً من عبارة (إشكالات التنفيذ) فتشمل منازعات التنفيذ الإشكالات وغيرها .

وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد فى شأن إختصاص قاضى التنفيذ ، بأنه :

« يختص دون غيره فى جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أيّا كانت قيمتها ، وسواء اكانت بين الخصوم أم من الغير ، وسواء كانت منازعات موضوعية أو وقتية فى صورة دعاوى أو إعتراضات أو إشكالات .

فقاضى التنفيذ إذن ، وعلى ما يبين من نص المادة ٢٧٥ مرافعات ، هو المختص نوعياً وكأصل عام بجميع منازعات التنفيذ سواء منها ما كان وقتياً أو موضوعياً أو ولائياً (١) .

إشكالات تنفيذ الأحكام الشرعية :

٤٢٣- المستفاد من النصوص لاختصاص قاضى التنفيذ أنها تجعل هذا الاختصاص شاملاً لإشكالات التنفيذ ، سواء منها ما كان وقتياً أو موضوعياً وعلى هذا رأى الفقه والقضاء الحديث (٢) .

فقاضى التنفيذ يختص بنظر إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية فى تشكيلها للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ولو تعلق الحكم بمسائل لا دخل لها بالأموال وإنما من صميم

(١) قضاء الأمور المستعجلة ٢٠- إختصاص قاضى التنفيذ - للأستاذ محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل وفاروق راتب - طبعة ٣ - ١٩٦٩ ص١٦ وما بعدها وطبعة ٦ - مجلد ٢ .

(٢) قضاء الأمور المستعجلة - المرجع السابق - ص٥٦ وما بعدها .. والتعليق على قانون المرافعات الجديد - الدكتور أحمد أبو الوفا - ص٦٧٧ . ويلقاس - جلسة ١٨/٥/١٩٧١ - قاضى التنفيذ ٦٤ - سنة ١٩٧١ إشكال .

الأحوال الشخصية كالمسائل المتعلقة بالحضانة أو طلب الزوجة إلى منزل الزوجية .

وإذا نظرت دائرة مدينة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي ، وإنما بطلب الإحالة إلى دائرة الأحوال الشخصية ذلك أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي لا يجوز إلا حيث يحصل إخلال بقواعد الاختصاص النوعي ، وهنا لم يحصل إخلال ، لأن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد شكل دوائر للأحوال الشخصية ينشئ محاكم لنظرها (١) .

أثر رفع إشكال ثان على التنفيذ :

٤٢٤ - يظهر من نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٣١٢ من قانون المرافعات الجديد أن تقديم إشكال ثان لا يوقف التنفيذ ، وذلك ما لم يحكم قاضى التنفيذ بالوقف .

ولا يعتبر الإشكال الذى يقيمه (يقدمه) الطرف الملتزم فى السند التنفيذى إشكالاً ثانياً ما لم يكن قد إختصم فى الإشكال السابق ، وحكمة ذلك منع التحايل بالإيعاز إلى شخص آخر أن يرفع إشكالاً قبل أن يرفع الملتزم فى السند التنفيذى إشكاله لكى يتوصل من وراء ذلك إلى منع وقف التنفيذ .

أثر العرض الحقيقى على التنفيذ :

٤٢٥ - تقضى المادة ٣١٣ مرافعات بأنه لا يترتب على العرض الحقيقى وقف التنفيذ إذا كان العرض محل النزاع .

ولقاضى التنفيذ أن يأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً مع إيداع المعارض أو مبلغ أكبر منه يعينه .

أثر شطب الإشكال :

٤٢٦ - تقضى المادة ٣١٤ مرافعات بأنه إذا تغيب الخصوم وحكم

(١) التعليق - للدكتور أبو الوفا - المرجع السابق - ص ٥٩٨ .

القاضى بشطب الإشكال زال الأثر الواقف للتنفيذ المترتب على
رقعه .

والمقصود بالإشكال هنا هو الإشكال الوقتى .

وزوال الأثر الواقف للإشكال الوقتى مرده أن لا يظل التنفيذ
موقوفاً بسبب إشكال لم يعين الخصوم بالحضور فيه
فحكم بشطبه .

تغريم المستشكل :

٤٢٧- إذا خسر المستشكل دعواه جاز (١) الحكم عليه بغرامة لا تقل
عن مائة جنيه ولا تزيد على أربعمائة جنيهًا ، وذلك مع عدم الإخلال
بالتعويضات إن كان لها وجه (م ٣١٥ مرافعات) .

وذلك للحد من المماطلة والكيد .

مقدمات التنفيذ :

٤٢٨- إن المادة ٢٨١ من قانون المرافعات المدنية تنص على وجوب
أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لشخص المدين أو فى موطنه
الأصلى وإلا كان باطلاً ، ويجب أن يشتمل الإعلان على تكليف المدين
بالوفاء وبيان المطلوب منه وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ فى البلدة
التي بها مقر محكمة التنفيذ التابع لها المدين ، ولا يجوز التنفيذ إلا بعد
مضى يوم على الأقل من إعلان السند التنفيذى ، ذلك أنه يتعين على
الدائن قبل الشروع فى التنفيذ الجبرى إتخاذ إجراءات معينة جرى الفقهاء
على تسميتها بإسم (مقدمات التنفيذ) وهى : إعلان السند التنفيذى إلى
من يراد التنفيذ ضده وتكليفه - ومضى يوم على إعلان السند التنفيذى
قبل إجراء التنفيذ ، إذ الغاية من المهلة أن يتمكن المدين من تدبر أمره

(١) كانت الغرامة فى مشروع القانون وجوبية فجعلتها اللجنة التشريعية بمجلس
الأمة جوازية وعدل النص كما صدر به القانون . وتم تعديله طبقاً للقانون ١٨ لسنة
١٩٩٩ .

فيها لعله يتمكن من الوفاء بما هو مطلوب منه ، فيتقضى التنفيذ على ماله (١) .

(١) قضاء الأمور المستعجلة - جزء ٢ - إختصاص قاضى التنفيذ - للأستاذ محمد على راتب وزميله - طبعة ٥ - ص ٢٣١ وما بعدها . وقواعد تنفيذ الأحكام - للدكتور رمزى سيف - طبعة ٨ - ص ١٦٦ وما بعدها ، ويلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ - القضية ٥١ سنة ١٩٧٠ إشكال . ومقال : قاضى التنفيذ - للدكتور أحمد أبو الوفا - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٨ العدد ٢ - ص ٦٦٢ وما بعدها . وقاضى التنفيذ علمًا وعملاً - للأستاذ إسكندر سعد زغلول المحامى - طبعة ١٩٧٤ . والوجيز فى قواعد وإجراءات التنفيذ والتحفظ - للدكتور عيد العزيز بديوى - طبعة ١ - ١٩٧٤ . ومقال : قاضى التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد - للأستاذ المستشار سعد العيسوى - المحاماة - السنة ٤٨ - ص ٣ وما بعدها . ونظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن - للدكتور عزمى عبد الفتاح - طبعة ١٩٧٨ - ص ٤٤٣ وما بعدها .

فهرس الجزء الأول

الكتاب الأول

أصول المرافعات الشرعية

فى مسائل الأحوال الشخصية

- ٥ - القواعد الاجرائية والموضوعية .
- ٩ - اهداء .
- ١١ - مدخل إلى البحث .

الباب الأول

المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الاسلام

- ١٣ - مقدمة .
- ١٧ - التعريف بالقضاء .
- ١٩ - حكمة القضاء .
- ٢٠ - حكم طلب القضاء .
- ٢١ - حكم تولى القضاء .
- ٢٥ - شروط القضاء .
- ٣٠ - صفات القاضى .
- ٣٧ - العمل القضائى فى الاسلام .
- ٤٣ - امتحان القاضى .
- ٤٥ - مراتب القضاة .

الباب الثانى

القضاء الشرعى ودواعى الغائه

الفرع الأول : نظام القضاء فى مصر فى عهد خليفة نابليون

- ٤٩ - بوناپرت .
- ٥٠ - الفرع الثانى : القضاء الشرعى فى الاقليم المصرى .
- الفرع الثالث : دواعى الغاء القضاء الشرعى بالاقليم المصرى
- ٥٩ - توحيداً للقضاة .

الباب الثالث

قضاء الأحوال الشخصية في الإقليم المصري

- ٦٧ - تشكيل دوائر الأحوال الشخصية .
- ٦٨ - قواعد الاجراءات الملفاة من اللائحة الشرعية .

الباب الرابع

السمات المميزة والقواعد الأساسية

لمشروع قانون اجراءات التقاضى

- ٧٥ - تصدير .
- ٧٥ - القوانين التى نص القانون على الغائها .
- ٧٦ - العمل بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة .
- ٧٦ - صدور الأحكام بالنسبة لغير المسلمين .
- ٧٦ - حكم وقتى فى شأن الاختصاص .
- ٧٦ - قرار وزير العدل .
- ٧٧ - شرح القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
- ٧٧ - مقدمة .
- ٧٧ - الأحكام الجديدة التى جاء بها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
- ٧٧ - أولاً : الخلع .
- ٨١ - ثانياً : منازعات السفر .
- ٨٢ - ثالثاً : إلغاء الكتاب الرابع مرافعات .
- ٨٦ - التعليق على باقى مواد القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
- ٩٠ - الاختصاص النوعى .
- ٩٠ - اختصاص المحكمة الجزئية .
- ٩٠ - (١) فى المسائل المتعلقة بالولاية على النفس .
- ٩١ - (٢) فى المسائل المتعلقة بالولاية على المال .
- ٩٤ - الاختصاص المحلى .
- ٩٦ - رفع الدعوى ونظرها .
- ١٠٠ - فى مسائل الولاية على المال .
- القرارات والأحكام الصادرة فى مسائل الدلالة على المال

- والطعن فيها . ١٠٢
- تنفيذ الأحكام والقرارات . ١٠٦
- ملاحظات هامة . ١١٠
- نظرية الدعوى الشرعية**
- الأحكام العامة فى المرافعات الشرعية . ١١٤
- تمهيد . ١١٤
- أولاً : سمات الدعوى الشرعية . ١١٦
- التزام القاضى الشرعى بالصلح بين الخصوم . ١١٧
- سرية الجلسات مراعاة لخدمة الأسرة . ١١٩
- أهلية سماع دعوى الزوجين . ١١٩
- مدى سماع دعوى نفقة المدة الماضية . ١٢٦
- طلب اعتبار الدعوى شأن لم تكن بدلاً من تركها للشطب . ١٢٩
- سماع الدعوى بغير اعلان . ١٣١
- طبيعة دعوى الحبس . ١٣٢
- ثانياً : الأحكام العامة فى قانون المرافعات المدنية . ١٣٥**
- سريان قانون المرافعات . ١٣٦
- أوقات الاعلان والتنفيذ . ١٣٩
- أوجه امتناع المحضر عن الاعلان . ١٣٩
- بيان أوراق المحضرين . ١٤٠
- ما حكم اختلاف أصل الاعلان عن الصورة المعلنة . ١٤١
- كيفية تسليم الورقة المعلنة . ١٤٦
- الجزاء على ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه . ١٥٢
- مواعيد الاجراء القضائى . ١٥٣
- مواعيد المسافة . ١٥٤
- احكام امتداد الميعاد . ١٥٥
- نظرية البطلان فى المرافعات . ١٥٥

الباب الأول

الدعوى الشرعية

- ١٦١ - نظرية الدعوى الشرعية الاسلامية .
- ١٦٣ - تمييز الفقه بين ركن الدعوى وشروطها .
- ١٦٨ الفصل الأول : قبول الدعوى .
- ١٧٤ - شروط قبول الدعوى فى قانون المرافعات .
- ١٧٥ - الصفة والمصلحة والاهلية .
- ١٨٤ الفصل الثانى : سماع الدعوى .
- ١٨٧ - معنى عدم سماع الدعوى .
- ١٩٦ - الطبيعة الشرعية والقوانين لعقد الحكر .
- ٢٠٠ - الخلاصة .
- ٢٠٢ الفصل الثالث : الجواب عن الدعوى .
- ٢٠٢ - مناهج الجواب عن الدعوى .
- ٢٠٥ الفصل الرابع : تقدير قيمة الدعوى .
- ٢٠٧ - المبادئ العامة والأساسية لتقدير قيمة الدعوى .
- ٢٠٨ - المبادئ القضائية الحديثة فى تقدير قيمة الدعوى .
- ٢١٢ الفصل الخامس : رفع الدعوى وقيدھا .
- ٢١٢ أولاً : رفع الدعوى .
- ٢١٤ - متى لا تتصدى محكمة الاستئناف .
- ٢١٥ - توقيع المحامى على الصحيفة .
- ٢٢١ - ميعاد الحضور وتنقيضه .
- ٢٢٤ ثانياً : قيد الدعوى واعلان صحيفتها .

الباب الثانى

الاختصاص

- ٢٣١ - قواعد الاختصاص .
- ٢٣٢ الفصل الأول : الاختصاص النوعى الشرعى .
- ٢٣٣ الفرع الأول : اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية.
- ٢٣٥ المطلب الأول : الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية

٢٣٧	الشرعية.
٢٥١	أولاً : نفقة الزوجة .
٢٥٤	نفقة المطلقة .
٢٥٤	ثانياً : نفقة الصغير .
٢٥٥	- أجرة الحضانة وأجرة الرضاعة .
٢٥٦	- الطعام وبدل الكسوة والسكن .
٢٦٣	(١) ذاتية نفقة الصغير .
٢٧٢	(٢) أسباب وجوبها .
٢٨٧	- الأصول القضائية الحديثة فى النفقات .
٢٩٩	- الأصول القضائية الشرعية فى النفقات .
٣٠٠	- حكم الكفالة فى النفقة .
٣٠١	- من الملزم بأداء نفقة الطالبة الجامعية .
٣٠٦	- أصول قضائية فى نفقة الأقارب .
٣٠٧	- شروط القضاء بنفقات ذوى الأرحام .
٣١٨	- التكييف الشرعى والقانونى لدعوى إبطال المقرر .
٣١٨	- التكييف الصحى إبطال نفقة مقررة للوفاة .
٣٢٨	- الحضانة وأجر الحضانة .
٣٤٥	- الأصول القضائية الشرعية فى الحضانة .
٣٤٥	- ما هو قدى الإقرار العام من الزوجة ؟
٣٤٦	- اتفاق القيم من ماله الخاص على المحجور عليه .
٣٤٧	- هل تستحق الزوجة أو المعتوه أجر إرضاع .
٣٤٨	- متى يقع الصلح فى النفقة صحيحاً ونافذاً .
٣٤٨	- على من تجب نفقات تجهيز الزوجة المتوفاة ؟
٣٤٨	- متى يجوز استرداد المال المنفق على اللقيط ؟
٣٤٩	- ما هى سن اليأس التى تدفع دعوى نفقة الزوجة ببلوغها .
٣٤٩	- نفقة الأولاد فى حكم القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .
٣٥٢	- حكم حضانة الأم غير المسلمة لصغارها المسلمين .
٣٥٣	- أصول شرعية فى الحضانة (الضم) .

- ٣٥٨ - حكم الحضانة فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .
- ٣٦٤ (٤) اجرة الرضاع .
- ٣٧٠ - الأصول الشرعية فى رؤية الصغير .
- ٣٧٠ - احكام الرؤية فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .
- اجر المسكن .
- ٣٧٢ - احكام الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية فى المطالبة
- ٣٧٣ بنفقة الصغير .
- ٣٧٥ - اختصاص المحكمة الجزئية .
- ٣٧٩ ثالثا : النفقة عن المدة السابقة .
- ٣٧٩ رابعا : نفقة الأقارب .
- ٣٨٠ - مدى حجية احكام النفقة .
- ٣٨١ خامسا : المهر والجهاز .
- ٣٨٥ ١- المهر .
- ٣٨٨ - الأصول الشرعية فى المهر .
- ٣٩٢ - شروط استحقاق من أجل الصداق انقضاء العدة شرعا .
- ٣٩٢ - متى تكون الزيادة فى المهر وصية .
- ٣٩٣ - مدى الالتزام بالمهر المدون بالوثيقة .
- ٣٩٨ ٢- الجهاز ومتاع البيت .
- ٣٩٨ - أهم الأصول الشرعية فى الجهاز .
- ٣٩٩ - كفالة الجهاز .
- ٣٩٩ - الخلاف حول أعيان الجهاز المعروض للتسليم .
- ٤٠٠ - طبيعة عقد ايداع الجهاز .
- ٤٠٣ - متى توجه إليه الدعوى بطلب تسليم الجهاز .
- ٤٠٥ - التكييف الصحيح لدعوى الجهاز .
- ٤٠٥ - الاختصاص بقضايا الجهاز .
- الأصول الشرعية فى منازعات المهر (الصداق) .
- ٤٠٨ - الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية بمنازعات المهر
- ٤٠٩ - والجهاز .

- ٤١١ سادساً : الصلح بين الخصمين .
- سابعاً : التوكيل فيما ذكر من أحد الخصمين .
- ٤١٢ ثامناً : شروط النهائية أن يكون هناك نزاع عن سبب الحق المدعى به .
- ٤١٣ المطلوب الثاني : الاختصاص الابتدائي للمحكمة الجزئية الشرعية .
- ٤١٤ أولاً : حق الحضانة والحفظ .
- ٤١٦ ثانياً : انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .
- ٤١٨ ثالثاً : نفقة الزوجة ونفقة الصغير .
- ٤١٩ - ما يسقط دين النفقة .
- ٤٢٠ رابعاً : الزيادة في نفقة الزوجة أو الصغير .
- ٤٢١ خامساً : النفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى .
- ٤٢٩ سادساً : الأصول الشرعية في النفقات بين الأقارب .
- ٤٣٠ سابعاً : المهر والجهاز .
- ٤٣٣ ثامناً : دعوى الإرث .
- ٤٣٥ - من أحكام الميراث .
- قواعد واجراءات وحجية الاعلام الشرعى بإثبات الوفاة .
- ٤٤٠ - مناهج النظام العام في ميراث المسلمين وغير المسلمين والأجانب .
- ٤٤١
- ٤٤٢ تاسعاً : دعوى النسب في غير الوقف .
- ٤٤٢ عاشراً : الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية .
- ٤٤٣ - مقدمة .
- ٤٤٤ - أحكام الخطبة وأثارها .
- ٤٤٦ - رؤية المخطوبة والافتداء بها .
- ٤٤٩ - من تحل خطبتها ومن لا تحل .
- ٤٥٠ - الخطبة عند العرب في الجاهلية .
- ٤٥١ - آثار فسخ الخطبة .
- ٤٥٣ - حكم المهر والهدايا في فسخ الخطبة .

- ٤٥٤ - التعويض عن فسخ الخطبة .
- ٤٥٤ أولاً : القضاء الفرنسي والمختلط .
- ٤٥٥ ثانياً : الفقه الفرنسي .
- ٤٥٨ ثالثاً : القضاء المصري .
- ٤٦١ رابعاً : الفقه المصري .
- ٤٧١ - أحكام الزواج .
- ٤٧٣ - مدى التزام الزوجة بالطاعة .
- ٤٧٥ - طلب الغاء تنفيذ الطاعة جبراً .
- ٤٨١ - شروط الطاعة .
- ٤٨٥ - شروط مسكن الطاعة .
- ٤٨٦ - إثبات شرعية المسكن ونفيها .
- ٤٨٩ - مناط قبض عاجل الصداق كشرط لقبول دعوى الطاعة .
- ٤٩١ - أصول شرعية فى الطاعة .
- ٤٩١ - اثر نشوز الزوجة .
- ٤٩٦ - ما هو النشوز .
- ٤٩٦ - حادى عشر : الطلاق والخلع والمباراة .
- ٤٩٦ - ثانى عشر : الفرقة بين الزوجين .
- ثالث عشر : التوكيل فيما يذكر حق أحد الخصمين .
- ٤٩٧ المطلب الثانى : الاختصاص الاستثنائى لبعض المحاكم
- ٤٩٩ الجزئية الشرعية بالمناطق النائية .
- ٥٠٣ الفرع الثانى : اختصاص المحاكم الابتدائية الشرعية .
- طبيعة الدعوى بموت المفقود .
- ٥٠٥ المطلب الأول : الاختصاص النهائى للمحاكم الابتدائية
- الشرعية .
- ٥٠٦ المطلب الثانى : الاختصاص الابتدائى للمحاكم الابتدائية
- الشرعية .
- ٥١٠
- ٥١٥ - مبادئ النقض فى مسائل الوقف .
- ٥١٨ - مبادئ المحاكم الشرعية فى مسائل الوقف .

- أولاً : دعوى النسب .
- ٥٢١ - مبادئ النقض فى دعوى النسب .
- ٥٢٥ - أصول شرعية فى النسب .
- ٥٢٨ - أحكام نفى نسب الصغير فى الأصول الشرعية .
- ٥٢٩ - الأصول الشرعية فى الملاعة .
- ٥٣٤ - الأصول الشرعية فى المرتد .
- ٥٣٧ - هل يعد البهائى مرتداً .
- ٥٣٩ - ثانياً : دعوى الطلاق والخلع والمبادأة .
- ٥٣٩ - طبيعة الطلاق وضرورته .
- ٥٤٠ - حكم النشوز لا يمنع من التطلاق .
- ٥٤١ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق .
- ٥٤٢ - ما الحكم إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً بعبارة واحدة .
- ٥٤٣ - الطلاق المنجز والمضاف والمعلق .
- ٥٤٥ - تفويض الطلاق إلى الزوجة .
- ٥٤٦ - الطلاق على المال والخلع .
- ٥٤٨ - أصول شرعية فى الطلاق .
- ٥٥٠ - أهل الذمة والتفريق بين الزوجين منهم لاسلام الزوجة .
- ٥٥٢ - أصول قضائية فى طلاق وتطلاق الذميين .
- ٥٥٤ - ما حكم طلاق المريض مرض الموت .
- ٥٥٦ - الطلاق البائن .
- ٥٥٧ - أولاً : الطلاق البائن بينونة صغرى .
- ٥٥٧ - ثانياً : الطلاق البائن بينونة كبرى .
- ٥٥٨ - حكم نكاح المحلل .
- ٥٥٨ - الإيلاء .
- ٥٥٩ - الطلاق الرجعى .
- ٥٦٢ - حكم الطلاق الرجعى .
- ٥٦٢ - أحكام الرجعة .
- ٥٦٤ - أصول شرعية فى الرجعة .
- ٥٦٤

- ٥٦٧ - شروط الرجعة .
- ٥٦٨ - آثار الرجعة .
- ٥٦٩ - أحكام العودة .
- ٥٧٠ (١) عدة المطلقة .
- ٥٧٥ - ما هي الخلوة الشرعية ؟ وما حكمها ؟
- ٥٧٦ (٢) عدة الوفاة .
- ٥٧٦ (٣) عدة وطء الشبهة .
- ٥٧٦ (٤) عدة الزانية .
- ٥٧٧ (٥) عدة الكتابية .
- ٥٧٧ - مكان العدة .
- ٥٧٩ - أصول شرعية .
- ٥٨٣ - هل يمكن الطلاق بالتليفون .
- ٥٨٣ - أهلية الزوجة في خصومة التطليق .
- ٥٨٤ - الطلاق بحكم القاضى .
- ٥٩٠ - الفرع الأول : التطليق لعدم الانفاق .
- ٥٩٤ - الفرع الثانى : التطليق للعيب .
- ٥٩٥ - الأصول الشرعية فى التطليق للعيب .
- ٦٠٣ - الفرع الثالث : التطليق للضرر .
- ٦٠٣ - هل يعتبر الزواج بأخرى ضرر ؟
- ٦٠٤ - وجوب إثبات التطليق للضرر طبقاً لأرجح الأقوال .
- ٦٠٤ - ادعاء الزوج بمباشرة الزوجة قبل الزواج وحملها منه
- ٦٠٥ مضارة توجب القضاء بالتطليق .
- ٦٠٦ - مناهة مهمة الحكمين قبل الحكم بتطليق الزوجة .
- ٦٠٩ - الأصول الشرعية فى التطليق للضرر .
- ٦٠٩ - مناهة حجية حكم رفض طلب التطليق للضرر .
- ٦١٢ - الفرع الرابع : التطليق لغيبة الزوج .
- ٦١٥ - الفرع الخامس : التطليق لحبس الزوج .
- ٦١٦ - أصول شرعية فى التطليق لحبس الزوج .

- ٦١٦ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق .
- ٦١٧ - إثبات الطلاق الشفوى .
- ٦٢٢ - أصول قضائية حديثة فى التطبيق على وجه العموم .
- ٦٢٤ - تعريف الطلاق .
- ٦٢٦ - حكمه ومشروعيته .
- ٦٢٦ - ما يترتب على تجاوز حدود حق إيقاع الطلاق .
- ٦٣٠ - أولاً : فى الفقه الإسلامى .
- ٦٣٥ - ثانياً : رأى القضاء المصرى فى التعويض عن الطلاق .
- ٦٣٥ - ثالثاً : رأى القضاء الفرنسى .
- ٦٣٨ - رابعاً : رأى الفقه المصرى فى التعويض عن الطلاق .
- ٦٤٠ - المحكمة المختصة بنظر دعوى التعويض عن الطلاق .
- ٦٤٠ - الفرع الثالث : اختصاص المحاكم الاستئنافية الشرعية .
- ٦٤٠ - الطعن بالاستئناف من النيابة .
- ٦٤٠ - نظر الاستئناف والطلبات الجديدة .
- ٦٤١ - طرح ما فصل فيه الحكم المستأنف على محكمة الاستئناف .
- ٦٤١ - استئناف المواد المرتبطة .
- ٦٤١ - ميعاد الاستئناف .
- المنازعات الشرعية المستعجلة .
- ٦٤٣ - الفصل الثانى : الاختصاص المحلى للمحاكم الشرعية .
- الاختصاص المحلى بالنسبة لاقامة المدعى عليهم .
- الباب الثالث**
- ٦٤٧ - **حضور الخصوم وغيابهم**
- ٦٤٩ - القانون الواجب التطبيق فى شأن حضور وغياب الخصوم .
- ٦٥٢ - **الفصل الأول : حضور الخصوم والتوكيل بالخصومة**
- ٦٥٢ - **الفصل الثانى : الغياب**
- ٦٥٣ - أولاً : شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن .
- ٦٥٥ - ثانياً : الخصومة الغيابية فى أصول المرافعات الشرعية .
- ٦٥٧ - أصول قضائية حديثة فى الحضور والغياب .

- ٦٦٠ ثالثاً : أحكام الاعذار فى قانون المرافعات .
- ٦٦٥ رابعاً : أحكام إثبات الغيبة فى أصول المرافعات الشرعية .
- ٦٦٥ الفصل الثالث : تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية .
- ٦٦٥ - التدخل الجوازى .
- ٦٦٦ - التدخل الوجوبى .
- ٦٦٧ - أحكام وإجراءات تدخل النيابة العامة ومذاهب .
- ٦٦٨ - وجود تدخل النيابة العامة فيما يوجب القانون تدخلها فيه .
- ٦٦٩ - جواز تدخل النيابة العامة فيما يجيز القانون تدخلها فيه .
- ٦٧٠ - أحكام تدخل النيابة فى الدعاوى .
- ٦٧٠ - ميعاد الاستئناف وإجراءات رفعه .
- ٦٧٣ - تدخل النيابة العامة فى دعاوى الوقف والقصر .
- أصول قضائية حديثة فى تدخل النيابة فى القضايا الشرعية .

الباب الرابع

- ٦٧٦ إجراءات الجلسات ونظامها
- ٦٧٦ الفصل الأول : إجراءات الجلسات .
- ٦٧٧ - تغريم الخصوم لعدم تقديم مستنداتهم فى الميعاد المقرر .
- ٦٧٩ - تغريم العاملين بالمحكمة والخصوم لعدم تنفيذ قرار المحكمة .
- ٦٨٠ - طبيعة الحكم بوقف الدعوى جزاء .
- ٦٨٠ الفصل الثانى : نظام الجلسات .
- ٦٨١ - علنية الجلسات .
- ٦٨٢ - إثبات الصلح بمحضر الجلسة .
- ٦٨٤ - مبادئ قضائية فى الصلح .
- ٦٨٥ - ضبط الجلسة وإدارتها .
- جرائم الجلسات .

الباب الخامس

- ٦٨٨ الدفع والإدخال والطلبات العارضة والتدخل
- ٦٨٩ الفصل الأول : الدفع .
- ٦٩١ - قواعد الدفع الشكلية وما يسقط الحق فى التمسك بها .

- ٦٩٢ - الدفوع المتعلقة بالنظام العام .
- احالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .
- ٦٩٣ - هل يزول البطلان الناشئ عن عيب من الاعلان بحضور
- ٦٩٥ المدعى عليه فى الجلسة .
- الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى .
- ٦٩٦ - الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها متعلقة
- ٦٩٨ بالنظام العام .
- ٦٩٨ **الفصل الثانى : اختصاص الغير وإدخال ضامن.**
- ٦٩٩ أولاً : اختصاص الغير .
- ٧٠١ ثانياً : إدخال ضامن .
- ٧٠١ **الفصل الثالث : اختصاص الغير وإدخال ضامن.**
- ٧٠٢ أولاً : الطلبات العارضة .
- ٧٠٥ ثانياً : التدخل فى الخصومة .
- حكم التدخل والدعوى الحيلية .
- الباب السادس**
- وقف الخصومة وانقطاعها وسقوطها وانقضاؤها**
- ٧٠٨ **بمضى المدة وتركها**
- ٧١٠ **الفصل الأول : وقف الخصومة .**
- ٧١٣ **الفصل الثانى : انقطاع الخصومة .**
- ٧١٣ **الفصل الثالث : سقوط الخصومة وانقضاؤها بمضى المدة .**
- ٧١٥ أولاً : سقوط الخصوم .
- ٧١٦ ثانياً : انقضاء الخصومة بمضى المدة .
- الفصل الرابع : ترك الخصومة .**
- الباب السابع**
- عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحياتهم**
- ٧١٩ أولاً : احوال عدم صلاحية القضاة .
- ٧٢٠ ثانياً : رد القضاة .
- ٧٢١ ثالثاً : تنحية القضاة .

وابتغى : إجراءات الرد والحكم فيه .

٧٢٧

نظرية إثبات المواد الشرعية

٧٢٨

- السمات المميزة لإثبات الدعوى الشرعية .

- المبادئ العامة فى الإثبات فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

الباب الأول

٧٣٦

صحة الأوراق وانكارها والادعاء بالتزوير

٧٣٦

الفصل الأول : المحررات الرسمية والعرفية .

٧٣٨

أولاً : المحررات الرسمية .

٧٤٠

- حجية المحررات الرسمية .

٧٤٢

ثانياً : المحررات العرفية .

٧٤٥

- حجية المحررات العرفية .

٧٤٥

الفصل الثانى : الزام الخصم بتقديم محرر تحت يده وعرضه .

٧٤٧

- الالزام بتقديم محرر .

٧٤٩

- الالزام بعرض الشئ .

٧٥٠

الفصل الثالث : إثبات صحة المحرر .

- ما حكم الادعاء بالتزوير بعد الانكار .

٧٥٢

الفصل الرابع : انكار الخط والامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع

٧٥٤

وتحقيق الخطوط .

٧٥٩

- قواعد واجراءات المضاهاة .

٧٦٠

- أحكام دعوى التزوير الأهلية واجراءات رفعها .

٧٧٠

الفصل الخامس : الادعاء بالتزوير .

٧٧١

- تقدير قيمة دعوى التزوير الأهلية .

٧٧١

- ضم الأوراق المطعون عليها .

- عدم جواز استئناف الحكم فى الادعاء بالتزوير استقلاً .

٨١٧

- حجية الأحكام الصادرة من جهة أخرى وعناصر حجية

٨١٩

الامر المقضى .

٨٢٢

- حجية الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية .

- حجية الأحكام الجنائية فى مسائل الأحوال الشخصية .

الباب الرابع

الاقرار واستجواب الخصوم

٨٢٣

٨٢٣

أولاً : الاقرار

٨٢٣

- أحكام الاقرارات في أصول المرافعات الشرعية .

٨٢٤

أولاً : بالنسبة للمقر اشترطوا .

٨٢٤

ثانياً : بالنسبة للمقر له اشترطوا .

٨٢٤

ثالثاً : بالنسبة للمقر به اشترطوا .

٨٢٥

رابعاً : بالنسبة لصيغة الاقرار اشترطوا .

٨٢٧

- أحكام الاقرار في قانون الإثبات .

٨٣٠

- حجية الاقرار في قانون الإثبات .

ثانياً : استجواب الخصوم .

الباب الخامس

اليمين والمعاينة والخبرة

٨٣٣

٨٣٣

أولاً : اليمين .

- أحكام اليمين في أصول المرافعات الشرعية .

٨٣٥

- الفرق بين أصول المرافعات الشرعية وقانون الإثبات في

٨٣٦

اليمين .

٨٣٧

- أحكام اليمين في أصول الإثبات المدنية .

٨٣٧

١- اليمين الحاسمة .

٨٣٨

- قواعدها وشروطها .

٨٣٩

- أثر كذب اليمين الحاسمة .

٨٤٠

- صيغة اليمين الحاسمة وشروطها واجراءات حلفها .

٨٤٢

٢- اليمين المتممة .

٨٤٤

ثانياً : المعاينة .

٨٤٤

ثالثاً : الخبرة .

٨٤٦

- الأصول الاجرائية لنسب الخبر .

٨٤٧

- قواعد واجراءات رد الخبر .

- ٨٤٩ - قواعد واجراءات مباشرة للخبير للمأمورية .
- ٨٥٣ - إيداع تقرير الخبير وتقدير أتعابه .
- أصول قضائية حديثة فى الخبرة .
- ٨٥٧ **نظرية الأحكام الشرعية**
- ٨٥٧ - ذاتية الأحكام الشرعية والمنهج الشرعى فيها .
- ٨٥٨ - تمهيد .
- ٨٥٨ أولاً : ذاتية الأحكام الشرعية .
- ٨٥٩ - تعريف الحكم الشرعى .
- ٨٦٢ - الصورة الأولى التنفيذية والصورة البسيطة من الحكم .
- ثانياً : المنهج الشرعى فى الأحكام .
- الباب الأول**
- الأحكام الشرعية**
- ٨٦٥ **الفصل الأول : قواعد اصدار الأحكام الشرعية وتصحيحها**
- ٨٦٥ . وتفسيرها .
- ٨٨٠ أولاً : قواعد اصدار الأحكام .
- ٨٨٠ ثانياً : تصحيح الأحكام وتفسيرها .
- ٨٨١ (١) تصحيح الأحكام .
- ٨٨٢ (٢) تفسير الأحكام .
- ٨٨٣ (٣) اغفال الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية .
- ٨٨٥ - وجوب تسبيب قرار تنحى الولى عن الولاية .
- ٨٨٨ - أصول قضائية حديثة فى الأحكام .
- ٨٨٨ **الفصل الثانى : الأحكام الغيابية والحضورية والمعتبرة كذلك .**
- ٨٩٠ أولاً : الأحكام الغيابية .
- ٨٩١ ثانياً : الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك .
- ٨٩٥ - أصول قضائية حديثة فى الحكم الغيابى والحضورى .
- ٨٩٥ **الفصل الثالث : الالتزام بالمصاريف .**
- ٨٩٧ - القانون الواجب التطبيق فى مصاريف الدعوى .
- ٨٩٨ - الأصول القضائية الشرعية فى المصاريف والأتعاب .

- ٩٠٢ - قواعد مصاريف الدعوى فى قانون المرافعات الجديدة .
- رأى فى اتعاب المحاماة فى القضايا الشرعية .

الباب الثانى

طرق الطعن فى الأحكام الشرعية

٩٠٥ الفصل الأول : الاستئناف .

٩٠٧ - تعريف الاستئناف .

٩١١ - الأحكام الجائز استئنافها .

٩١٥ - الأصول الشرعية فى نصاب الاستئناف .

٩١٦ - من له حق الاستئناف .

٩١٦ - ميعاد الاستئناف .

٩١٨ - ما الحكم فى استئناف حكم اعتبار المعارض كأن لم يكن .

٩١٩ - هل ميعاد الاستئناف ميعاد كامل .

٩٢٠ - الأصول الشرعية فى ميعاد الاستئناف .

٩٢٠ - اجراءات الاستئناف وقيد .

١- اجراءات رفع الاستئناف .

٩٢١ - اثر عدم توقيع المحامى على صحيفة الاستئناف لى

٩٢٥ - الصحيفة الابتدائية .

٩٢٥ - اعلان صحة الاستئناف لا يتقيد بميعاد .

٩٢٨ - قيد الاستئناف .

٩٢٨ - ٣- اجراءات نظر الاستئناف .

٩٣١ - متى يصح القضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن .

- مسائل عامة فى الاستئناف .

٩٣١ ١- تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة

٩٣٢ وجوبياً .

٩٣٢ ٢- عدم ضرورة تلاوة التلخيص .

٩٣٢ ٣- اثر عدم ذكر أسباب الاستئناف .

٩٣٢ ٤- ما يترتب على الاستئناف .

٥- وجوب التنفيذ فى حالة الاستئناف بعد الميعاد .

- ٦- لا وجود للاستثناء الفرعى أو المقابل فى أصول
٩٣٣ المرافعات الشرعية .
٩٣٤
- ٧- استثناء التصرف فى الأوقاف وفى الأوقاف الخيرية .
٩٣٥
- خضوع استثناء المواد الشرعية لأحكام اللائحة الشرعية .
٩٣٥
- أصول شرعية حديثة فى الاستثناء .
٩٣٨
- الفصل الثانى : التماس إعادة النظر .**
٩٣٩
- أصول المرافعات المدنية فى التماس .
٩٤١
- الفصل الثالث : النقض .**
- قواعد حساب المواعيد وميعاد الطعن بالنقض فى الأحوال
٩٤٢ الشرعية .
٩٤٤
- من لهم حق الطعن بالنقض فى الأحكام والقضائيات .
٩٤٥
- مبادئ مستحدثة لمحاكمة النقض فى بعض مسائل
الأحوال الشخصية صدرت فى عامى ١٩٩٨ و ١٩٩٩
نظرية تنفيذ الأحكام الشرعية
- الباب الأول**
١٠١٩
- الأصول الشرعية فى تنفيذ أحكام الأحوال الشخصية**
- السمات المميزة لتنفيذ الأحكام الشرعية المنصوص عليها
١٠٢٠ فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
١٠٢٥
- الفصل الأول : التنفيذ بالطريق الإدارى .**
١٠٢٥
- كيفية حصول التنفيذ بالطرق الإدارية .
١٠٢٨
- الفصل الثانى : التنفيذ بطريق حجز المنقول .**
١٠٣٢
- إجراءات البيع .
١٠٣٧
- الفصل الثالث : التنفيذ بطريق حجز العقار .**
١٠٣٧
- التنبيه بنزع ملكية العقار وإنذار الحائز وتسجيلها .
١٠٤٠
- قائمة شروط البيع والاعتراض عليها .
١٠٤٤
- إجراءات البيع .
١٠٤٩
- الفصل الرابع : التنفيذ بطريق حجز ما للمدين لدى الغير .**
١٠٥٤

- ١٠٥٥ - طبيعة الحجز تحت يد المصلحة أو الشركة لدين النفقة .
- ١٠٥٨ - اتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدول العربية .
- التنفيذ تحت يد البنوك وسرية الحسابات بها .
- الباب الثاني**
- ١٠٥٩ **الطبيعة الشرعية والدستورية والقانونية لحبس المحكوم**
- ١٠٥٩ **عليهم بالنفقات**
- ١٠٦٠ - شروط حبس المدين بالنفقة .
- ١٠٦٢ - الأساس الشرعى للحكم بحبس المدين بالنفقة .
- ١٠٦٢ - المحكمة المختصة بالاشكالات فى الحبس للنفقة .
- ١٠٦٣ - الفرق بين حكم المادة ١٧٩ احوال والمادة ٢٩٢ عقوبات .
- ١٠٦٤ (أ) أوجه الشبه بين المادتين .
- ١٠٦٥ (ب) أوجه الخلاف بين المادتين .
- ١٠٦٥ - عدم تنفيذ حكم الرؤية غير مؤثم جنائياً .
- جريمة عدم تسليم صغير لمن له الحق فى طلبه .
- ١٠٦٧ **الباب الثالث**
- قواعد التنفيذ المؤقت**
- ١٠٦٩ **الباب الرابع**
- ١٠٦٩ **اشكالات التنفيذ**
- ١٠٧١ - قاضى التنفيذ هو المختص بنظر الاشكالات .
- ١٠٧٢ - اشكالات تنفيذ الأحكام الشرعية .
- ١٠٧٢ - اثر رفع اشكال ثانٍ على التنفيذ .
- ١٠٧٢ - اثر العرض الحقيقى على التنفيذ .
- ١٠٧٣ - اثر شطب الاشكال .
- ١٠٧٣ - تغريم المستشكل .
- مقدمات التنفيذ .

الدكتور للمكيون

تليفون : ٨٧٢٧١١

شركة الجلال للطباعة

العامة - الاسكندرية ت : ١٢٣٩٧٩٢١٨ -

Библиотека Александрина



0400561